

Christian Iaione
Le società in house per i servizi strumentali.
Riflessioni sull'art 13 del Bersani

Sommario 1. Premessa sulle origini della proliferazione di società in house per i servizi strumentali. Un quadro storico ed economico. 2. La parola del legislatore... 3. ...e la penna del giudice. A partire dal giudice comunitario... 4. ...passando per il giudice costituzionale. La legittimità costituzionale del modello e i limiti costituzionali alla libertà d'impresa delle autonomie. 5. ...e finendo con il regime giuridico vivente nelle sentenze del GA. In particolare, l'ambito soggettivo di applicazione. 6. L'autonomia negoziale bloccata delle società strumentali. 6.1. L'obbligo di “restare a casa” o... di andare all'estero. 6.1.1. Le prestazioni vietate. Il divieto di partecipazione a gare. 6.1.2. Il divieto di partecipazione in altre società o in enti nazionali. 6.2. L'oggetto sociale esclusivo. 6.3. La nullità dei contratti conclusi dalle società del Bersani. 6.4. Il regime transitorio. Cessione o scorporo delle attività non consentite. 7. Riflessioni conclusive sull'eterogenesi dei fini dell'art. 13.

1. Premessa sulle origini della proliferazione di società in house per i servizi strumentali. Un quadro storico ed economico.

Come mai a un certo punto abbiamo assistito alla esplosione di società a capitale pubblico, prevalentemente locale, per la organizzazione ed erogazione di attività serventi nei confronti degli apparati amministrativi classici o tradizionali? L'origine del fenomeno risiede nella struttura di incentivi che il quadro normativo nell'ultimo decennio ha determinato a favore della esternalizzazione (o, con anglicismo, l'*outsourcing*) delle funzioni strumentali della pubblica amministrazione¹.

Ma qual è oggi la dimensione economica del fenomeno? Quante sono oggi le società in house per i servizi strumentali e quanto valgono o pesano sull'economia? E' stato stimato che le imprese pubbliche locali sono circa 5.000, di cui il 60% è destinato a ad attività diverse dalla gestione di utilities². All'interno di questo 60% molte sono imprese pubbliche che svolgono un'attività di impresa pura senza alcun privilegio amministrativo (diritti esclusivi o affidamenti diretti), ma molte sono imprese pubbliche che svolgono una attività amministrativa e per questo godono di affidamenti diretti di contratti per lo svolgimento di funzioni strumentali. Emblematico è il caso dei servizi informatici, campo di applicazione prediletto della esternalizzazione amministrativa mediante costituzione di società che ricevono in affidamento diretto l'appalto di servizi informatici e che, successivamente, si rivolge anche al settore privato per fornire i propri servizi³. Segno che si tratta di un

¹ Vd. l'art. 29, comma 1, della legge n. 448 del 2001. Per un quadro di sintesi v. L. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore*, Bologna, Mulino, 2007, e, in particolare, il contributo di C. CICOGNA, *L'outsourcing delle funzioni strumentali della pubblica amministrazione*, p. 25 ss.

² Vd. il rapporto di UNIONCAMERE, *Le società partecipate dagli enti locali. Rapporto 2007*, Roma, Retecamere Scrl, 2008 contenente dati relativi al 2005. Vd. anche Confservizi, *Indagine sugli assetti proprietari. Rilevazione su assetti proprietari, quote e forme di dismissione delle imprese di servizio pubblico locale*, Quaderni Confservizi, Roma, 2007. Vd. anche B. BORTOLOTTI, L. PELLIZZOLA, C. SCARPA, *Il comune azionista: un'analisi empirica del capitalismo municipale in Italia, in Mercato, concorrenza e regole*, 2007, p. 535 ss.

³ Vd. F. VERGNANO, *Enti locali, pochi servizi hi-tech*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 aprile 2007, p. 20 che illustra i dati del rapporto ASSINFORM 2007 secondo il quale «il 43% degli appalti informatici è appannaggio di società controllate dalla stessa pubblica amministrazione, percentuale che sale al 47% per le Regioni».

intervento pubblico diretto a sopperire alle carenze del mercato domestico dei servizi informatici.

A un certo punto, il legislatore nazionale ha deciso però di porre un freno all'autonomia societaria dei governi locali e ha progressivamente inserito regole sempre più stringenti che hanno disincentivato, scoraggiato e sostanzialmente impedito la sperimentazione e l'autonomia organizzativa degli enti territoriali in materia di servizi strumentali⁴.

L'autonomia organizzativa, economica e d'impresa degli enti territoriali e locali è oggi assoggettata a un regime giuridico speciale che si sostanzia nelle stringenti limitazioni della capacità negoziale di siffatte società stabilite dall'art. 13 del decreto Bersani⁵ e nei vincoli di diritto pubblico imposti alle amministrazioni regionali e locali dall'art. 3, commi da 27 a 32, legge n. 244 del 2007. Oltre che dalle disposizioni dettate in materia di servizi di interesse economico generale.

La Corte costituzionale ha avallato questa forte compressione dell'autonomia regionale e locale in materia organizzativa ed economica in nome della tutela della concorrenza e, stranamente, della uniformità dell'«ordinamento civile». Ha nettamente rigettato, soprattutto con riferimento alle società strumentali, che l'autonomia organizzativa e imprenditoriale degli enti locali possa essere al riparo da una legislazione nazionale pro-concorrenziale.

Come si vedrà, permangono dubbi interpretativi, per un verso, in merito alla vera natura delle società strumentali e, per altro verso, sulla compatibilità con il diritto comunitario e sulla corretta interpretazione della disciplina restrittiva apprestata dal legislatore nazionale. L'eccessiva rigidità e la visione assolutistica che ha informato l'art. 13 ha condotto a oscillazioni giurisprudenziali e, da ultimo, anche legislative che ne stanno depotenziando la portata applicativa.

2. La parola del legislatore...

⁴ Oggi la stessa Assinform nel suo rapporto 2009 rileva che nei servizi di ICT «il cosiddetto in house è ridotto al 5,9% e al 2,6% nei Comuni e nelle Province». Vd. D. COLOMBO, *Inutilizzati i fondi per l'informatica*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 giugno 2009, p. 21.

⁵ In dottrina vd. A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 6, p. 742; R. URSI, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 1, p. 11; M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, 2008, p. 347; I. PAGANI, *Società pubbliche e mercato: quale equilibrio, alla luce dell'art. 13 del decreto Bersani?*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 9, p. 1173; D. MASETTI, *Le società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l'ammissione alle gare amministrative (dopo l'art. 13 del "decreto Bersani")*, in *Giustizia amministrativa*, 2008, 1, p. 107; S. MUSOLINO, *L'art. 13 del decreto-Bersani: quale futuro per il modello della società mista?*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 12, p. 1521; S. VENEZIANO, *I servizi pubblici locali nella giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2007, 9, pt. 4, p. 289; D. LAMANNA DI SALVO, *L'affidamento diretto nel decreto Bersani: un'analisi comparativa della novella del 2006 alla luce del diritto comunitario*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, 7-8, p. 1890; M. LIPARI, *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, in *Corr. merito*, 2007, p. 111; S. ROSTAGNO, *L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani: prime indicazioni della giurisprudenza e prime perplessità*, in *Giustizia amministrativa*, 2007, 1, p. 26; A. VIGNERI, *Sulla nozione di società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali - 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 - 26 febbraio 2007*, in www.astrid-online.it/, 2007; S. ROSTAGNO, *Le modifiche apportate all'art. 13 del decreto Bersani dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007)*, in *Giustizia amministrativa*, 2006, 6, p. 1195; F. BALLERO, *Brevi note in tema di affidamenti in house, anche alla luce del recente art. 13 della legge n. 248/2006*, in *Rivista giuridica sarda*, 2006, 3, pt. 1, p. 776; R. GIANI, *Le novità del decreto Bersani in materia di giustizia, appalti e pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 10, p. 1157; M.R. SPASIANO, *Nuovi limiti alle società pubbliche e miste nel decreto Bersani*, in *Giustizia amministrativa*, 2006, 5, p. 959; S. ROSTAGNO, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, in *Giustizia amministrativa*, 2006, 5, p. 961.

L'art. 13 (Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza) del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale – in seguito “decreto Bersani”), nel testo modificato - e reso ancora più involuto - dalla legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248 e dai successivi interventi legislativi del 2006-2008⁶ e, soprattutto, del 2009⁷.

Sotto il profilo teleologico, la disposizione ha lo scopo dichiarato di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, ma si è chiarito, con una precisazione intervenuta nel 2009, che questa finalità è ristretta entro il più ridotto ambito del territorio nazionale.

Quanto all'ambito di applicazione, essa si applica a società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali, che presentino due diverse tipologie di oggetto sociale:

- a. la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività; oppure, ma solo nei casi consentiti dalla legge,
- b. lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di competenza delle predette amministrazioni regionali e locali.

Per espressa previsione legislativa, la disposizione in esame non si applica, invece, alle società che operano nei servizi pubblici locali e incaricati 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 secondo la definizione che ne dà il codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163)⁸. Non si applica neppure alle società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385.

Sul piano contenutistico, l'art. 13 detta un regime giuridico restrittivo dell'autonomia negoziale delle predette società, che prevede:

- l'obbligo di operare, non più esclusivamente, con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti;
- il divieto di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto, né con gara;
- il divieto di partecipare ad altre società o enti *aventi sede nel territorio nazionale*;
- l'obbligo di avere oggetto sociale esclusivo;
- il divieto di agire in violazione delle regole predette;
- l'obbligo di cessare entro quarantadue mesi dalla data di entrata in vigore del decreto Bersani le attività non consentite. La cessazione di siffatte attività può avvenire in due modi:

⁶ Ci si riferisce al comma 720 dell'art. 1, L. 27 dicembre 2006, n. 296, al comma 7 dell'art. 4, D.L. 3 giugno 2008, n. 97 dal comma 1-bis dell'art. 20, D.L. 30 dicembre 2008, n. 207 che hanno inciso sul comma 3 dell'art. 13 modificando più volte il regime della dismissione delle attività non consentite.

Il comma 4-*septies* dell'art. 18, D.L. 29 novembre 2008, n. 185 ha, invece, inserito, dopo le parole «dei servizi pubblici locali», l'esclusione dall'ambito di applicazione della disposizione in esame «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».

⁷ Il comma 1 dell'art. 48, L. 23 luglio 2009, n. 99 stabilisce che: «1. All' articolo 13, comma 1, primo periodo, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, dopo le parole: «degli operatori» sono inserite le seguenti: «nel territorio nazionale», la parola: «esclusivamente» è soppressa e dopo le parole: «società o enti» sono aggiunte le seguenti: «aventi sede nel territorio nazionale»».

⁸ Vd. art. 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici.

- mediante cessione, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, delle attività non consentite a terzi; ovvero
- mediante scorporo delle attività non consentite, attuato anche con la costituzione di una società separata;
- la nullità dei contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del decreto Bersani, in violazione delle predette prescrizioni, purché non si tratti di contratti le cui procedure di aggiudicazione siano state bandite prima della predetta data;
- l'inefficacia dei contratti relativi alle attività non cedute o non scorporate a partire dalla scadenza del termine di quarantadue mesi.

L'art. 48, L. 23 luglio 2009, n. 99 ha apportato tre piccole, ma significative modifiche all'impianto originario dell'articolo 13, comma 1, primo periodo, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248:

- dopo le parole: «degli operatori» sono state inserite le seguenti: «nel territorio nazionale»;
- la parola: «esclusivamente» è stata soppressa; e
- dopo le parole: «società o enti» sono state aggiunte le seguenti: «aventi sede nel territorio nazionale».

3. ...e la penna del giudici. A partire dal giudice comunitario...

Bisogna anzitutto sgombrare il campo da un equivoco. Dal punti di vista comunitario, il fenomeno delle società strumentali rientra appieno nell'ambito dell'istituto dell'*in house providing*.

La Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'affidamento diretto di servizi strumentali, nella specie si trattava proprio di servizi informatici, a una società (mista) locale proprio in un caso italiano e ha rammentato che «secondo la costante giurisprudenza della Corte, l'indizione di una gara pubblica, conformemente alle direttive relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici, non è obbligatoria, anche quando l'affidatario è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, qualora siano soddisfatte le due condizioni seguenti. Da un lato, l'amministrazione pubblica, che è un'amministrazione aggiudicatrice, deve esercitare sull'ente giuridicamente distinto di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e, dall'altro, tale ente deve svolgere la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti pubblici che lo detengono (v., in particolare, sentenze *Teckal*, cit., punto 50, e 8 aprile 2008, causa C-337/05, *Commissione/Italia*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 36 e giurisprudenza citata)»⁹.

Per quanto attiene alla prima condizione, relativa al controllo da parte dell'autorità pubblica, dalla giurisprudenza della Corte emerge che è necessario tener conto non solo di tutte le disposizioni normative, ma altresì delle circostanze pertinenti del caso di specie. Dall'esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di condizionarne le decisioni.

Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni importanti di detta società¹⁰.

Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che «il Comune di Mantova aveva la possibilità, per il suo ruolo di socio di maggioranza dell'ASI, di designare i membri degli organi direttivi e di condizionare l'attività di questa società. Essa ha parimenti evidenziato che, in applicazione

⁹ Vd. Corte di giustizia europea, Sez. II, 17 luglio 2008, n. C-371/05, *Commissione c. Italia*.

¹⁰ Vd. sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, Racc. pag. I-8585, punto 65, e 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, Racc. pag. I-4137, punto 36.

della convenzione, il consiglio comunale del suddetto comune stabiliva, per mezzo di delibere, le spese di funzionamento di detta società e che il Comune di Mantova si era riservato la possibilità di compiere una serie di verifiche, da un lato, con la nomina di un funzionario comunale incaricato di collaborare, stimolare e controllare l'operato dell'ASI e, dall'altro, con il controllo sulla contabilità di detta società al fine di assicurare la piena applicazione delle norme di correttezza contabile e delle norme di tutela previste dalla convenzione. Ne risulta che il suddetto comune aveva la facoltà di incidere in modo determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti dell'ASI tramite la nomina dei membri degli organi direttivi di tale società e di un funzionario comunale incaricato di orientare e controllare l'operato di quest'ultima. Tale facoltà è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un potere di controllo strutturale e funzionale del Comune di Mantova su detta società analogo a quello esercitato sui propri servizi, così da soddisfare la prima condizione stabilita dalla Corte al punto 50 della citata sentenza Teckal.

Per quanto attiene alla seconda condizione, relativa all'attività dell'ente in questione, la Corte ha rammentato che un'impresa svolge la parte più importante della sua attività con l'ente che la detiene, ai sensi della citata sentenza Teckal, se l'attività di detta impresa è destinata principalmente all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale¹¹. E, nel caso in cui diversi enti detengano un'impresa, la condizione relativa all'attività può ricorrere qualora tale impresa svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o con quell'ente, ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti (v. sentenza *Carbotermo e Consorzio Alisei*, cit., punti 70 e 71). Alla luce di questo principio, ad esempio, dai documenti presentati dalla Repubblica italiana emerge che, se si tiene conto delle attività svolte dall'ASI non soltanto a favore del Comune di Mantova, bensì per tutti gli enti che la detengono, tali attività possono essere considerate come essenzialmente dedicate ai suddetti enti.

Alla luce di queste considerazioni della Corte di giustizia, si può dedurre che, pure nel campo dei servizi strumentali, la seconda condizione stabilita dalla Corte al punto 50 della citata sentenza Teckal può essere soddisfatta anche senza il vincolo della esclusività imposto invece a livello interno dall'art. 13 del decreto Bersani. E, comunque, basterebbe che i diversi enti pubblici che vogliono giovare delle economie di scala che queste società sono in grado di realizzare acquisissero una partecipazione al capitale sociale per evitare di incappare nelle limitazioni e nei divieti imposti dall'art. 13 del decreto Bersani.

Si profila, dunque, un possibile contrasto con il diritto comunitario. E nella migliore delle ipotesi si tratterebbe di uno di quei casi in cui il legislatore italiano si è dimostrato più "realista del re". Si tratta di valutare le conseguenze di questa via italiana alla tutela del mercato per le conseguenze che essa comporta sulla autonomia organizzativa delle collettività locali (tutelata e protetta dall'ordinamento europeo e soprattutto nei singoli Stati membri) e per la disparità di trattamento che essa istituisce rispetto a società statali e, soprattutto, alle società locali di altri Paesi dell'UE.

4. ...passando per il giudice costituzionale. La legittimità costituzionale del modello e i limiti costituzionali alla libertà d'impresa delle autonomie.

Il regime giuridico speciale dettato dal legislatore nazionale è stato sottoposto al vaglio di costituzionalità del giudice delle leggi. Con tre sentenze a distanza di pochi mesi la Corte costituzionale ha confermato la legittimità di questo "mini-statuto speciale" delle società

¹¹ Vd. sentenze *Carbotermo e Consorzio Alisei*, cit., punto 63.

pubbliche locali per lo svolgimento di funzioni amministrative strumentali o, comunque, non essenziali.

Mentre i precedenti giurisprudenziali della Corte costituzionale sul decreto Bersani¹² avevano individuato nella “tutela della concorrenza” il criterio unico di legittimazione della competenza legislativa esclusiva statale, nella sentenza n. 326 del 2008¹³ la Corte preferisce analizzare il fenomeno anzitutto alla luce della clausola dell’art. 117, 2° comma, lett. l) Cost., che fa riferimento all’“ordinamento civile”. Da questo punto di vista, la sentenza n. 326 del 2008 conferma la portata ampia riconosciuta dalla Corte alla clausola in questione¹⁴.

Peraltro, la sentenza del 2008 non rinuncia a ricorrere alla clausola di cui all’art. 117, 2° comma, lett. e), Cost., la “tutela della concorrenza” appunto. Sul punto, la sentenza si allinea alle decisioni più recenti, che hanno ridefinito la portata della clausola in questione come attribuite al legislatore nazionale una competenza “trasversale” che consente l’adozione anche di norme dettagliate, purché proporzionali rispetto all’obiettivo avuto di mira¹⁵. Il richiamo al principio di proporzionalità era già presente nei primi precedenti in materia. La Corte aveva, infatti, affermato che «quello che non può sottrarsi al sindacato di costituzionalità è il fatto che i vari strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi»¹⁶.

La sentenza n. 326 è particolarmente significativa perché, sia pur in termini molto stringati, non manca di effettuare il controllo di proporzionalità richiesto. Naturalmente, il controllo è *ad abundantiam* poiché la scelta di fondare comunque la legittimità della disposizione *in primis* sulla clausola che fa riferimento all’“ordinamento civile” rendeva la verifica di proporzionalità, non richiesta in tale contesto, non strettamente necessaria.

Ma l’aspetto degno di maggior nota - e per il quale la sentenza n. 326 del 2008 può ormai definirsi un *leading case* in materia di società locali - consiste nella enucleazione della «distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d’impresa di enti pubblici».

Il giudice costituzionale spiega, in maniera molto nitida, la differenza fra queste due categorie in termini di “condizioni di svolgimento” dell’una e dell’altra attività quando svolte mediante società di capitali. Secondo la Corte, il crinale fra le due differenti attività corre lungo la definizione dei destinatari dell’attività svolte dalla società pubbliche. Se le società pubbliche operano per conto di una p.a. si ha attività amministrativa. Se, invece, prestano servizi a favore di consumatori o utenti, si avrà attività di impresa.

¹² Corte cost., sentenza 14 dicembre 2007, n. 430, in *Giur. It.*, 2008, 1509; Corte cost., sentenza 21 dicembre 2007, n. 443, in *Giur. It.*, 2008, 1372, con nota di V. GAFFURI, *Le professioni intellettuali tra regolazione nazionale e concorrenza comunitaria davanti alla Corte costituzionale*.

¹³ Corte cost., sentenza 1 agosto 2008, n. 326, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 1, p. 11, con nota di R. URSI, *La Corte costituzionale traccia i confini dell’art. 13 del decreto Bersani*. Vd. anche D. FLORENZANO, *Il contributo della Corte costituzionale alla non agevole interpretazione dell’art. 13 del “decreto bersani”*, in <http://www.osservatorioappalti.univr.it>, 2008.

¹⁴ Il precedente recente più significativo è Corte cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401, in *Giornale dir. amm.*, 2008, p. 624, con nota di C. LACAVALLO, *I contratti pubblici tra Stato e regioni e la tutela della concorrenza*; in dottrina E. LAMARQUE, *Ancora nessuna risposta definitiva in materia di ordinamento civile*, in *Regioni*, 2007, in part. 185 e segg. Sul tema vd. A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle regioni*, Bologna, Il mulino, 2008; E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, CEDAM, 2005.

¹⁵ V. ancora Corte cost., 21 dicembre 2007, n. 443, cit., punto 6.3., che richiama, oltre a Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, cit., l’altra sentenza sul decreto Bersani, Id., 14 dicembre 2007, n. 430, cit.

¹⁶ Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272, punto 3 della motivazione, in *Giur. It.*, 2005, 836, con nota di E. ROLANDO, *Servizi pubblici locali in continuo movimento e novità in tema di riparto di competenze fra Stato e Regioni nella «materia trasversale» della tutela della concorrenza*; in *Regioni*, 2005, 261, con nota di F. CASALOTTI, *Il riparto della potestà legislativa «alla prova» della disciplina dei servizi pubblici locali*; in *Giornale dir. amm.*, 2005, 25, con nota di G. MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*. In senso analogo, ad es., Id., 23 novembre 2007, n. 401, cit., punto 6.7.

Il ragionamento della Corte è altrettanto lineare quando pone in risalto la finalità della disciplina in esame. L'obiettivo è proprio quello di tenere separate attività amministrativa e attività d'impresa per evitare che una società pubblica svolga la seconda tipologia di attività avvalendosi dei "privilegi" generalmente connessi allo svolgimento della prima e, quindi, allo *status* di pubblica amministrazione. In maniera piuttosto netta, la Corte sottolinea che in nessun modo questa esigenza o la disciplina che ad essa tenta di dare risposta può giustificare la compressione o il disconoscimento della «libertà di iniziativa economica degli enti territoriali». La finalità della disciplina contenuta nell'art. 13 è soltanto quella di imporre ai governi locali una separazione tra esercizio di attività di impresa ed esercizio di funzioni amministrative. La "frequente commistione" fra queste due tipologie di attività operata dagli enti territoriali genera una distorsione della concorrenza.

Nel passaggio dalla teoria alla prassi, tuttavia, la sentenza n. 326 rischia di cadere in contraddizione. Nell'inquadrare la disciplina dettata dall'art. 13 nell'ambito della "ordinamento civile", materia di competenza esclusiva statale, anziché nella "organizzazione amministrativa" materia residuale regionale, la Corte afferma che «La disciplina censurata non rientra nella materia dell'organizzazione amministrativa perché *non è rivolta a regolare una forma di svolgimento dell'attività amministrativa*. Essa rientra, invece, nella materia – definita prevalentemente in base all'oggetto – «ordinamento civile», perché mira a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private». In altri termini, qui la Corte sembra negare che l'attività svolta dalle società strumentali sia qualificabile come attività amministrativa, sia pure esercitata in forma privatistica. Ma solo in questo caso, stando al ragionamento svolto in premessa dalla stessa Corte, si giustificerebbe l'imposizione di un regime restrittivo della autonomia negoziale delle società strumentali.

Emerge qui una crepa nel ragionamento della Corte. Questa frattura deriva dall'aver voluto negare che, in realtà, quando si parla di soggetti e/o attività di diritto privato strumentali rispetto alla pubblica amministrazione, più che la libertà di iniziativa economica pubblica garantita dall'art. 41 cost., vengono in rilievo profili attinenti alla "facoltà di autoorganizzazione" della p.a. riconosciuta dall'art. 97 cost.¹⁷

Nonostante questa inspiegabile aporia interpretativa, la Corte costituzionale considera ormai la sentenza n. 326/2008 come il parametro di riferimento da cui partire ogni volta che si tratta di decidere in materia di autonomia d'impresa dei governi locali. Dapprima con la sentenza n. 439 del 2008¹⁸ e, più recentemente, con la sentenza n. 148 del 2009 la Corte è, infatti, tornata sul tema e anche in questi casi il ragionamento del giudice costituzionale sembra muoversi nell'ambito del medesimo quadro concettuale delineato dalla sentenza n. 326¹⁹.

Nella sentenza n. 439 del 2008, in materia di servizi pubblici locali, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale di una legge della Provincia di Bolzano che dettava una disciplina parzialmente difforme da quella comunitaria (così come interpretata dalla Corte di Giustizia) in materia di *in house providing*, e ha ribadito che «le esigenze di tutela della concorrenza impongono di tenere distinto lo svolgimento di attività

¹⁷ Vd. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, Milano, 1966, p. 67. Per un'applicazione della teoria di Nigro al tema in oggetto sia consentito rinviare a C. IAIONE, *Le società in house*, Napoli, 2007, p. 59. Del resto anche Corte costituzionale, sentenza 23 gennaio 2006, n. 29, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 6, p. 616 (con nota di A. CAROSELLI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza*) sembra accedere a questa impostazione quando al punto 17 legittima alla luce dell'art. 97 cost. l'imposizione di obblighi concorsuali per l'assunzione di personale dipendente di una società pubblica. Anche nella giurisprudenza amministrativa comincia a rinvenirsi traccia di questa diversa ricostruzione con TAR Piemonte, 21 luglio 2009, n. 2074, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸ Corte cost., sentenza 23 dicembre 2008, n. 439, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 2, p. 173.

¹⁹ Corte cost., sentenza 8 maggio 2009, n. 148, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 7, 812.

amministrativa posta in essere da una società di capitali per conto di una pubblica amministrazione dal libero svolgimento di attività di impresa. L'esigenza di mantenere separate le due sfere di attività, ha puntualizzato la Corte, è finalizzata ad «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» (sentenza n. 326 del 2008, punto 8.3. del *Considerato in diritto*)».

Nella sentenza n. 148 del 2009, invece, la Corte ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale concernenti l'art. 3, commi da 27 a 29, della l. n. 244 del 2007 (legge finanziaria 2008), secondo cui le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 "non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società". La disposizione in parola introduce, peraltro, una deroga all'anzidetto divieto in relazione alle società che producono servizi di interesse generale ed all'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle predette amministrazioni, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza, disciplinando la modalità di assunzione e di mantenimento delle partecipazioni consentite, nonché la dismissione di quelle vietate.

Anche qui la Corte ha ribadito che il criterio seguito dal legislatore per definire l'ambito di applicazione delle disposizioni in parola è quello dell'oggetto sociale delle società e che lo scopo di tutela della concorrenza dal medesimo perseguito passa attraverso la necessità di «rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici» e, per questa via, evitare che l'attività di impresa di enti pubblici «possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione». Secondo la Corte, poi, le suddette norme sono legittime in quanto riconducibili all'ambito della tutela della concorrenza, e il legislatore statale ha pertanto pieno titolo a porre in essere una disciplina dettagliata (sentenze n. 411 e n. 320 del 2008); inoltre, in virtù del criterio della prevalenza, è anche palese l'appartenenza a detta materia del nucleo essenziale della disciplina dalle stesse stabilita (sentenze n. 411, n. 371 e n. 326 del 2008), con conseguente infondatezza della denuncia di violazione del principio di leale collaborazione.

5. ...e finendo con il regime giuridico vivente nelle sentenze del GA. In particolare, l'ambito di applicazione.

Il regime giuridico apprestato dalle disposizioni contenute nell'art. 13 del decreto Bersani ha creato non pochi problemi interpretativi. Molti di essi non sono stati chiariti dalla giurisprudenza amministrativa in via definitiva. Essa, anzi, sembra impegnata in un'opera di cesellamento dei caratteri della disciplina contenuta nell'art. 13 del decreto Bersani. Il primo punto a non essere chiaro è quello relativo al raggio operativo della disciplina in esame. Da questo punto di vista occorre anzitutto verificare:

- la presenza di "amministrazioni regionali e locali" nella compagine sociale;
- la condizione di strumentalità derivante dall'assolvimento di compiti serventi la pubblica amministrazione ovvero dallo svolgimento di funzioni esternalizzate;
- l'esistenza di un affidamento diretto o la mera strumentalità;
- la partecipazione pubblica, totalitaria o maggioritaria/minoritaria, diretta o, secondo parte della giurisprudenza, anche indiretta;
- l'insussistenza di una delle cause di esclusione (esplicite o implicite) della disciplina in esame:

- i. società operanti nei servizi pubblici locali²⁰;
- ii. società e centrali di committenza
- iii. società operanti nell'intermediazione finanziaria;
- iv. società quotate in borsa;
- v. soggetti implicitamente esclusi, come le società di persone (di dubbia configurabilità), i consorzi a rilevanza esterna, le società consortili di persone, le fondazioni.

La questione fondamentale è quella di stabilire l'ambito oggettivo di applicazione della disposizione, ovvero di definire cosa si debba intendere «produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività [...]». La precisa individuazione della materia dei servizi pubblici non è certo agevole, essendo la dottrina e la giurisprudenza divise tra i due opposti poli della concezione soggettiva e di quella oggettiva²¹.

Ad ogni modo, secondo una prima linea interpretativa, sono da considerare strumentali all'attività delle amministrazioni pubbliche regionali e locali tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali²². Le società strumentali alle quali fa riferimento la citata norma sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico come, invece, quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente e in via immediata esigenze generali della collettività²³.

La distinzione tra le due nozioni di «servizi strumentali all'attività di enti pubblici» e di «servizi pubblici» va, dunque, tracciata distinguendo a seconda del beneficiario diretto del servizio, essendo questi la stessa pubblica amministrazione per i servizi strumentali ed essendo la collettività o membri di questa per i servizi pubblici. In altri termini, i servizi strumentali sono quelli di cui abbisogna la pubblica amministrazione per svolgere la propria attività istituzionale.

Un secondo filone interpretativo tende a ricomprendere nella nozione di “strumentalità” tutte le società pubbliche regionali e locali istituite per svolgere un'attività (anche esclusivamente verso terzi) nell'interesse della pubblica amministrazione di riferimento²⁴.

Nel solco di questo secondo filone, ma con argomentazioni parzialmente diverse, si è orientato il TAR Lombardia il quale ha ritenuto di definire la “strumentalità” in base alla tipologia contrattuale prescelta dalla p.a. di riferimento per regolare i rapporti con la società controllata. A questi fini il giudice lombardo ha richiamato la distinzione di origine comunitaria tra appalto di servizi e concessioni di servizi che è incentrata sulla circostanza che nella concessione il contraente dell'amministrazione è remunerato non dalla stazione

²⁰ Vd. TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 21 febbraio 2008, n. 563. La necessità della espressa esclusione è sottolineata da TAR Campania, Napoli, Sez. I, 31 marzo 2008, n. 1641. Ma permangono incertezze sulla effettiva estensione della esclusione dal momento che TAR Veneto, Sez. I, 31 marzo 2008, n. 788 sostiene che essa riguardi soltanto le società che erogano servizi pubblici locali i quali integrino attività comportanti rapporti di utenza. Ricadrebbero, dunque, nell'ambito applicativo dell'art. 13, società che erogano servizi pubblici locali di illuminazione pubblica o di manutenzione (TAR Lombardia, Brescia, 27 dicembre 2007, n. 1373) e gestione del patrimonio stradale (Cons. St., Sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36).

²¹ In generale V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, 2003, *passim*.

²² TAR Lazio, Sez. III, 21 marzo 2008, n. 2514, in *Ambiente e sviluppo*, 2008, 10, p. 945.

²³ TAR Lazio, Roma, Sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192, in *Giur. It.*, 2007, p. 2880.

²⁴ Cons. St., Sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946, in *Giur. It.*, 2009, 1, 225; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 31 marzo 2008, n. 1641, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

appaltante, ma dall'esercizio del servizio e, quindi, in ultima analisi, dagli utenti²⁵. In base al ragionamento del giudice lombardo, non sarebbero più «servizi pubblici» tutti quelli prestati dalla pubblica amministrazione tramite *outsourcing*, ma con costi a carico del bilancio pubblico, come i servizi di trasporto pubblico e molti servizi sanitari e assistenziali. Il fatto che, in circostanze del genere, la stazione appaltante ricorra ad appalti di servizi anziché a concessioni, non pare influire sulla circostanza che beneficiario diretto della prestazione non sia il contraente pubblico, ma la generalità degli utenti, e quindi non si possa parlare di «servizi strumentali all'attività di enti pubblici».

Altro aspetto sul quale si è soffermata la giurisprudenza amministrativa è quello relativo all'ambito soggettivo di applicazione. Sotto questo profilo assume particolare rilevanza la nozione di «amministrazioni (...) locali». Si oscilla tra una interpretazione estensiva che include tutte le società appartenenti a qualunque ente pubblico operante in ambito locale per interessi pubblici di dimensione locale²⁶, e un'interpretazione, invero minoritaria, che limita l'applicazione della disposizione ai soli enti che annoverino il territorio tra i propri elementi costitutivi e dunque siano esponenziali di una comunità territorialmente definita²⁷.

Sempre sotto il profilo dell'ambito soggettivo di applicazione, si è posto il problema delle cd. società di terzo grado, cioè società partecipate da società che sono a loro volta costituite, partecipate o affidatarie di amministrazioni regionali e locali²⁸.

Anche in questo caso si è registrata in giurisprudenza una netta differenza di vedute.

Per un verso, si sostiene che escludere dallo specchio applicativo dell'art. 13 le società di terzo grado equivarrebbe a consentire, «attraverso il collaudato meccanismo delle partecipazione societarie», un aggiramento della disciplina pro-concorrenziale in esso contenuta²⁹.

Per altro verso, si obietta che l'applicazione estensiva anche alle società di terzo grado contrasterebbe con la lettera e lo spirito della disposizione in parola³⁰. Il dato letterale, infatti, induce a ritenere che essa si applichi esclusivamente alle società direttamente «costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali». A differenza di altre previsioni dello stesso tenore – come quella contenuta nell'art. 23-bis del d.l. 112 del 2008 - non si fa riferimento a situazioni di controllo o collegamento societario *ex art. 2359 c.c.* Per questo motivo, anche in base al noto brocardo romanistico per cui «*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*». Si tratta, poi, di una norma di carattere eccezionale rispetto alla generale capacità di agire dei soggetti di diritto privato e, pertanto, deve essere interpretata in modo restrittivo senza possibilità estensione in via analogica a casi in essa non espressamente previsti. La società di

²⁵ Vd. TAR Lombardia, Sez. I, 19 ottobre 2007, n. 6137, in *Giur. It.*, 2008, 764 che richiama TAR Lombardia, Sez. I, 9 gennaio 2007, n. 266, in *Urb. app.*, 2007, p. 889, la quale però non si occupa di un caso relativo all'applicazione dell'art. 13. *Contra* vd. TAR Campania, Sez. I, 1 agosto 2007, n. 7178, in *Giur. It.*, 2008, 764.

²⁶ Cons. St., Sez. III, parere 25 settembre 2007, n. 322; TAR Lombardia, Milano, Sez., 31 gennaio 2007, n. 140; Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, deliberazione 4 ottobre 2007, n. 61. Più di recente vd. Cons. St., Sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946.

²⁷ TAR Puglia, Lecce, 31 dicembre 2007, n. 4592 sembra circoscrivere l'ambito operativo della disposizione in parola esclusivamente agli enti locali che abbiano un collegamento con il territorio.

²⁸ Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, deliberazione 9 maggio 2007, n. 135; TAR Lombardia, Milano, Sez., 31 gennaio 2007, n. 140.

²⁹ Cons. St., Sez. V, 22 gennaio 2010, n. 1037; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 29 aprile 2009, n. 785; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 6 maggio 2009, n. 908; Cons. St., Sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829; Cons. St., Sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 403; TAR Veneto, Sez. I, 31 marzo 2008, n. 788, tutte in www.giustizia-amministrativa.it; nonché Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, parere 31 luglio 2008, n. 213; Id., deliberazione 9 maggio 2007, n. 135 in www.avcp.it.

³⁰ Cons. St., Sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282; Cons. St., Sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346; TAR Emilia Romagna, Sez. I, 29 gennaio 2010, n. 433; TAR Lazio, Sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36; TAR Piemonte, Sez. I, 21 luglio 2009, n. 2074; TRGA, Trento, 14 settembre 2009, n. 239; TAR Liguria, Genova, Sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39; TAR Molise, Sez. I, 18 luglio 2007, n. 628, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

terzo grado, per definizione, non è strumentale all'amministrazione regionale o locale. Da ultimo, lo stesso art. 13, comma 3, del decreto Bersani dimostra di ritenere la separazione societaria una garanzia sufficiente di non distorsione della concorrenza laddove ammette, al termine del regime transitorio, la costituzione da parte delle stesse società strumentali di una "separata società" per lo svolgimento delle attività non consentite, cioè quelle rivolte al mercato³¹. E, a conferma di questa ricostruzione, sta anche la circostanza che lo scorporo non deve essere più seguito dalla dismissione delle partecipazioni nella società scorporata, come originariamente previsto dal decreto Bersani prima della sua conversione in legge.

6. L'autonomia negoziale bloccata delle società strumentali.

La disciplina speciale che l'art. 13 appresta per le società strumentali di amministrazioni regionali e locali si concretizza in una serie di limitazioni della loro autonomia negoziale. Si tratta di quattro regole speciali che vanno a limitare l'ordinaria capacità di agire delle società strumentali regionali e locali, le quali:

- 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;
- non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale;
- devono avere oggetto sociale esclusivo.

Si tratta sostanzialmente di due vincoli. Il primo riguarda l'attività operativa e, quindi, l'autonomia negoziale della società. Il secondo riguarda l'autonomia statutaria.

6.1. L'obbligo di "restare a casa" o di andare all'estero.

Le società strumentali locali devono svolgere le proprie attività a favore degli enti di cui sono strumentali. Questa è l'essenza della nozione di strumentalità e la ragion d'essere di questi veicoli societari e della disciplina dettata dall'art. 13.

Con l'art. 48 della l. n. 99/2009 è stato espunto il vincolo di esclusività con l'eliminazione dell'avverbio «esclusivamente» dal testo della disposizione. E di questa scelta si possono dare due letture.

La prima induce a ricollegare questa modifica al contestuale inserimento della locuzione «nel territorio nazionale» per delimitare le finalità anti-distorsive dell'art. 13 e per l'ambito spaziale di applicazione del divieto di possedere partecipazioni in società o enti italiani. Il che comporterebbe la possibilità di svolgere le proprie attività produttive sul mercato ma in Paesi diversi dall'Italia. Insomma, si tratterebbe di una spinta alla internazionalizzazione delle società strumentali locali. E così il dumping concorrenziale, arginato in Patria, verrebbe esportato e le società strumentali locali sarebbero libere di competere con le nostre imprese private italiane ma anche straniere sul mercato internazionale.

La seconda lettura possibile è quella che legittima, anche sul territorio nazionale, una sia pur marginale attività a favore di terzi, laddove ritenuta accessoria e funzionale rispetto all'attività strumentale all'organizzazione pubblica di cui la società è mero strumento. Si tratta della stessa *ratio* che sorregge il secondo requisito dell'*in house providing* nei servizi pubblici locali, quello cioè della prevalenza dell'autoconsumo da parte delle comunità locale dei servizi prodotti dalla società. La prevalenza, anziché l'esclusività, serve per non ingessare l'attività di un organismo societario che svolge un'attività di produzione di beni e servizi - sia pure tendenzialmente a favore di un soggetto o di una comunità ben delimitata - e che

³¹ TAR Lazio, Sez. II, 27 gennaio 2010, 1015 esclude dall'ambito di applicazione dell'art. 13 le società indirettamente partecipate da amministrazioni locali per effetto di uno scorporo a patto che la tecnica di scorporo utilizzata le renda "autonome e indipendenti". E, in fondo, anche Cons. St., Sez. V, 22 gennaio 2010, n. 1037, cit., ammette che l'inclusione nello specchio applicativo della norma è subordinato al riscontro nella fattispecie concreta di un «intervento finanziario dell'ente strumentale» nel soggetto scorporato.

conseguentemente deve essere posto in grado di raggiungere un equilibrio nella gestione aziendale ed economica dell'impresa. Ad esempio, nel campo (affatto diverso rispetto a quello dei servizi strumentali qui in esame) del servizio pubblico locale di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, una società *in house* che gestisse tale servizio dovrebbe essere in grado di vendere a terzi - e quindi capitalizzare i proventi derivanti da queste vendite - i rifiuti utili per scopi di valorizzazione energetica oppure i rifiuti oggetto di raccolta differenziata.

Il Consiglio di Stato, in un caso risalente a un'epoca anteriore alla modifica della disposizione in esame, ha affermato che l'art. 13 del dl. 223/2006, ha implicitamente sancito che le società strumentali locali – nel caso specifico si trattava di una società mista - devono necessariamente operare *intra moenia*. Anzi, secondo il giudice amministrativo, l'art. 13 del d.l. n. 223/2006, nel rendere definitivamente cogente per le società miste strumentali il principio di esclusività nel rapporto di committenza con gli enti costituenti o affidanti, ha implicitamente suggellato, con carattere generale, quindi per tutte le società miste locali, il suo corollario, e cioè che le stesse devono necessariamente operare *intra moenia*³².

6.1.1. *Il divieto di svolgere prestazioni a terzi. In particolare, il divieto di partecipazione a gare.*

Altro corollario della regola di operare tendenzialmente *intra moenia* per le società strumentali è quella che impedisce loro di «svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara».

In più di un'occasione il giudice amministrativo ha confermato che si tratta di una forma incapacità delle società strumentali di partecipare a gare per l'aggiudicazione di contratti con enti pubblici diversi da quelli di riferimento delle medesime³³.

6.1.2. *Il divieto di partecipazione in altre società o enti nazionali.*

L'art. 13 appresta un'ulteriore garanzia per assicurarsi che le società strumentali non eludano l'obbligo di rimanere fedeli alla propria missione di supporto all'ente di riferimento. Il divieto di partecipare ad altre società o enti serve proprio ad evitare che «attraverso il collaudato meccanismo delle partecipazioni societarie»³⁴ si verifichi un aggiramento della disciplina antidistorsiva della concorrenza contenuta nell'art. 13.

Peraltro, dopo gli innesti operati dall'art. 48 della legge n. 99/2009, alle società strumentali è vietato assumere partecipazioni soltanto se trattasi di «società o enti aventi sede nel territorio nazionale». Pertanto, alle società strumentali locali non sarebbe vietato affacciarsi su altri mercati stranieri e rastrellare partecipazioni in società operanti in mercati diversi da quello nazionale. Per il legislatore italiano è, dunque, legittimo alterare o distorcere la concorrenza in altri mercati. E tra questi vi sono anche quelli che concorrono a formare il mercato interno dell'UE. In definitiva, per eludere l'art. 13 e distorcere anche il mercato nazionale basterebbe costituire una società in altro Paese UE.

6.2. *L'oggetto sociale esclusivo*

Altra regola derivante dalla natura strumentale delle società è quella dell'«oggetto sociale esclusivo». Ma l'imposizione dell'oggetto sociale esclusivo «non va inteso come divieto delle

³² Vd. Cons. St., Sez. V, 15 maggio 2009, n. 3001, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³³ TAR Lazio, Roma, Sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192, in *Giur. It.*, 2007, p. 2880; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 3 maggio 2007, n. 3893; TAR Lazio, Roma, Sez. I-ter, 20 febbraio 2007, n. 1486; Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, deliberazione 9 maggio 2007, n. 135; TAR Lombardia, Sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140; Id., 19 ottobre 2007, n. 7137.

³⁴ Cons. St., Sez. V, 22 gennaio 2010, n. 1037; TAR Liguria, Genova, Sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39; Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, parere 31 luglio 2008, n. 213; Id., deliberazione 9 maggio 2007, n. 135.

società così dette multi-utilities, ma rafforza la regola dell'esclusività evitando che dopo l'affidamento la società possa andare a fare altro»³⁵.

Ora che la regola dell'esclusività vacilla, l'oggetto sociale esclusivo non può comunque tradursi in un obbligo di "monoattività" delle società strumentali. Diversamente, si costringerebbero le amministrazioni sub-statali a costituire una società per ciascuna delle attività strumentali. Naturalmente deve trattarsi sempre di attività tutte funzionali all'apparato amministrativo originatore e le società non devono comportarsi come attori del mercato nello svolgimento di una di queste attività³⁶. Non sarebbero poi ammesse "società a oggetto misto", cioè società che prestino allo stesso tempo servizi strumentali e servizi pubblici locali³⁷.

6.3. *Il regime transitorio. Cessione o scorporo delle attività non consentite.*

Le società strumentali avevano quarantadue mesi a partire dalla data di entrata in vigore del decreto Bersani (19 luglio 2006) per adeguarsi alle disposizioni limitative appena descritte e quindi dovrebbero aver cessato le attività non consentite entro il 19 gennaio 2010. A tale fine potevano sia cedere le attività non consentite nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, che costituire una società separata mediante scorporo delle attività di mercato.

Di diverso avviso pare essere però una parte della giurisprudenza che, in netto contrasto con la lettera dell'art. 13, riferisce all'ente di riferimento l'obbligo di scorporare. Secondo questa opinione lo scorporo non deve comportare l'intervento finanziario delle società strumentali altrimenti sarebbe violato il divieto imposto alle medesime di partecipare ad altre società ed enti³⁸.

La stessa giurisprudenza reintroduce l'obbligo di dismissione degli *assets* di mercato, cancellato in sede di conversione in legge del decreto Bersani. E lo fa supponendo l'applicabilità alla fattispecie in questione della disposizione contenuta nell'art. 3, comma 29, l. n. 244/2007.

Altra giurisprudenza, invece, si accontenta di richiedere che la tecnica di scorporo utilizzata renda le società scorporate "autonome e indipendenti"³⁹.

La giurisprudenza maggioritaria, peraltro, ritiene garanzia sufficiente la mera separazione societaria⁴⁰.

Ad ogni modo, le società che non si siano adeguate entro la predetta data vanno incontro alla sanzione della inefficacia dei contratti relativi alle attività non cedute o scorporate.

6.4. *La nullità dei contratti conclusi dalle società strumentali*

La sanzione della nullità prevista nell'art. 13, comma 4, del decreto Bersani colpisce i contratti scaturiti da una procedura ad evidenza pubblica svoltasi in epoca in cui era già cogente il divieto normativo, altrimenti non troverebbe giustificazione plausibile la previsione di cui al comma 3 dell'art. 13, la quale delinea un procedimento di graduale conformazione da compiersi a mezzo della cessione a terzi delle attività non consentite, ovvero la costituzione di separate società da allocare sul mercato.

La lettura interpretativa dell'art. 13, comma 4, del d.l. n. 223/2006 nel senso anzidetto si evince, inoltre, dal contenuto della modifica apportata al c. 4 dell'art. 13 dal comma 720

³⁵ Cons. St., Sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346; Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. St., Sez. III, parere 25 settembre 2007, n. 322; Cons. St., Sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456.

³⁶ Cfr. M. CAMMELLI, M. DUGATO, op. cit., p. 357.

³⁷ Cfr. A. BARTOLINI, op. cit., p. 744. In giurisprudenza v. TAR Sardegna, Sez. I, 11 luglio 2008, n. 1371.

³⁸ Cons. St., Sez. V, 22 gennaio 2010, n. 1037.

³⁹ TAR Lazio, Sez. II, 27 gennaio 2010, 1015.

⁴⁰ Cons. St., Sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282; Cons. St., Sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346; TAR Emilia Romagna, Sez. I, 29 gennaio 2010, n. 433; TAR Lazio, Sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36; TAR Piemonte, Sez. I, 21 luglio 2009, n. 2074; TRGA, Trento, 14 settembre 2009, n. 239; TAR Liguria, Genova, Sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39; TAR Molise, Sez. I, 18 luglio 2007, n. 628, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'art. 1 della l. 27 dicembre 2006, n. 296, secondo cui «restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al c. 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».

È evidente, infatti, che il legislatore ha inteso far chiarezza una volta per tutte introducendo una disposizione che, in quanto di natura interpretativa, ha efficacia retroattiva e dunque si applica a tutte le fattispecie - ivi comprese quella che forma oggetto del caso di specie - in cui le procedure sono state bandite prima ma i relativi contratti sono stati stipulati dopo l'entrata in vigore del decreto suddetto⁴¹.

7. Riflessioni conclusive sull'eterogenesi dei fini dell'art. 13.

Molti interrogativi rimangono sul tappeto. In particolare, non è ancora chiaro se il tema debba essere inquadrato nell'ambito della disciplina della autonomia organizzativa o della autonomia d'impresa, della attività amministrativa o della attività economica dei governi locali.

Per molti versi queste società sembrano rappresentare solo una entificazione di alcune funzioni organizzative (di supporto, acquisti o di provvista dei mezzi necessari alla p.a. per svolgere le sue funzioni finali di cura degli interessi collettivi ad essa attribuiti dalla legge) ovvero la privatizzazione formale di funzioni pubbliche prima svolte con moduli pubblicistici.

Si tratterebbe, dunque, di un'attività organizzativa di natura prettamente amministrativa ora svolta con moduli di diritto privato. Su questo tema il punto di riferimento dovrebbe essere l'art. 97, non gli artt. 41 o 43 Cost. E l'eventuale fondamento costituzionale, con annessi limiti, della legittimazione statale a comprimere questa autonomia organizzativa degli enti sub-statali dovrebbe essere non tanto l'ordinamento civile o la tutela della concorrenza, bensì il coordinamento della finanza pubblica⁴².

Eppure, il legislatore nazionale ha trattato il tema come se si stesse discutendo di vera e propria attività di impresa. E la Corte costituzionale ha avallato questa scelta. In più, lo hanno fatto con la logica del rasoio di Ockham, semplificando e costringendo entro una logica "assolutizzante" una realtà ben più complessa e multiforme di quello che può apparire allo strabismo di *policymakers* guidati da una logica punitiva e repressiva dell'autonomia locale. Anche nel falciare l'erba cattiva ci vuole intelligenza. Non si può sempre adoperare l'accetta. Si rischia altrimenti di scaricare sui giudici amministrativi il compito di trovare un equilibrio più giusto tra gli interessi contrapposti. E i giudici amministrativi in questa scomoda condizione sono costretti in alcuni casi a proporre un'interpretazione adeguatrice di norme ciecamente rigorose. Si generano così conflitti giurisprudenziali e, quindi, incertezza del diritto. E questa situazione offre, anche a chi non meriterebbe, il destro per sottrarsi ai colpi di una disciplina giustamente ispirata dall'esigenza di razionalizzare e arginare la spesa pubblica prodotta da moduli privatistici di azione pubblica, moduli ormai irrinunciabili per la loro flessibilità, efficienza ed efficacia.

Ma il colpo di grazia alla certezza del diritto e alla parità di trattamento, oltre che alla tutela della concorrenza, è arrivato dallo stesso legislatore, con l'art. 48, l. 23 luglio 2009, n. 99

Si ricorderà che l'art. 13 nasceva con la finalità dichiarata di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori. E che per questo motivo il perno della disciplina dettata dall'art. 13 era rappresentato dall'obbligo di "restare a casa", cioè di lavorare solo per conto dell'ente originatore e, per evitare aggiramenti di questo obbligo, di non assumere partecipazioni in società terze.

Oggi, con la nuova formulazione, pare invece che le finalità anti-distorsive e il vincolo di esclusività abbiano una "portata nazionale". Nel senso che alle società strumentali è vietato

⁴¹ Cons. St., Sez. V, 15 maggio 2009, n. 3001.

⁴² Vd. C. cost., 9 giugno 1977, n. 109, in *Giur. cost.*, 1977, 8, p. 1277, con nota di F. MERUSI, *Partecipazioni statali, private di fornitura e regole dell'economia mista*.

operare nel mercato nazionale, ma non sarebbe vietato proporsi sullo scenario internazionale e, per questa via, inquinare il libero gioco della concorrenza in altri Paesi, inclusi quelli che fanno parte dell'Unione europea e, quindi, del mercato interno. Ma forse questo piccolo dettaglio è sfuggito agli estensori della norma contenuta nell'art. 48 della legge n. 99/2009. L'art. 13 determina così una ulteriore disparità di trattamento. Non solo le società strumentali statali⁴³, ma anche le "società strumentali locali con vocazione internazionale" riescono a preservare un'autonomia negoziale piena. Il tradimento dello spirito e la lettera dell'originaria versione dell'art. 13 è, dunque, totale.

Infatti, l'art. 13 d.l. n. 223 del 2006 stabiliva, come visto, a carico delle società pubbliche che producono beni o servizi strumentali al funzionamento delle Amministrazioni regionali e locali (non le società di gestione dei servizi pubblici locali), un vero e proprio vincolo di esclusività e non di semplice prevalenza, attraverso il rigido divieto di svolgere prestazioni a favore di soggetti pubblici e privati diversi dagli enti costituenti ed affidanti e l'obbligo di cessare le attività non più consentite.

E ciò per prevenire «il rischio che si creino *particolari situazioni di privilegio* per alcune imprese, quando queste ultime usufruiscono, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, vale a dire di una *provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi*.

Il privilegio economico non necessariamente si concretizza nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo *una posizione di mercato avvantaggiata* rispetto alle altre imprese.

Anche in questo senso, il privilegio non necessariamente si realizza introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, ma anche, ed in maniera più sofisticata, garantendo all'impresa *una partecipazione certa al mercato cui appartiene*, garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali; in sintesi: un *minimo garantito* (ecco il senso delle limitazioni ad operare sul mercato di imprese strumentali agli enti costituenti).

Non è necessario che ciò determini profitto, purché l'impresa derivi da tali contratti quanto è sufficiente a garantire e mantenere l'apparato aziendale.

In una tale situazione, è fin troppo evidente che ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione. Gli ulteriori contratti, sostanzialmente, diventano più che marginali e permettono o la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, ovvero di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi, perché non gravati dall'ammortamento delle spese generali.

Nell'uno o nell'altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la *par condicio* delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati. L'impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorto di una semplice elusione del sistema delle gare.

Potenzialmente ciò induce ed incoraggia il capitalismo di Stato e conduce alla espulsione delle imprese private marginali»⁴⁴.

⁴³ Vd. M. CAMELLI, M. DUGATO, *op. cit.*, p. 349. In giurisprudenza vd. Cons. St., Sez. III, parere 25 settembre 2007, n. 322.

⁴⁴ Così TAR Piemonte, Sez. I, 21 luglio 2009, n. 2074, cit., ma nello stesso senso vd. TAR Lazio, Sez. II, 27 gennaio 2010, 1015; Cons. St., Sez. V, 22 gennaio 2010, n. 1037; Corte cost., sentenza 1 agosto 2008, n. 326; Cons. St., Sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946; Cons. St., Sez. III, parere 25 settembre 2007, n. 322; Cons. St., Sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456.

Ma tutto questo non vale se, come si diceva, a inquinare il mercato nazionale siano società statali, né importa che mercati stranieri vengano inquinati da società strumentali locali a vocazione internazionale. Ancor meno evidente agli occhi del legislatore italiano deve risultare la circostanza che la nuova formulazione dell'art. 13 consente un agevole aggiramento delle limitazioni in esso contenute. Infatti, basterà la semplice incorporazione di una società-succursale avente sede all'estero.