

Tutela della concorrenza

## Società strumentali e tutela della concorrenza

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 10 settembre 2010, n. 6527 - Pres. Baccarini - Est. Cerreto

Ad una società informatica partecipata al 100% da una società strumentale delle Camere di commercio italiane si applica il divieto di cui all'art. 13 del decreto legge n. 223 del 2006 (c.d. "Bersani uno", convertito in legge n. 248 del 2006). Le amministrazioni pubbliche locali, e quindi anche le Camere di commercio, possono impiegare propri capitali per costituire società al fine di ottenere l'affidamento di servizi di utilità generale, concorrendo liberamente in una gara ad evidenza pubblica. Tuttavia tale iniziativa non può essere perseguita mediante la costituzione di una società partecipata al 100% da una loro società strumentale, perché in tal modo verrebbe ad essere eluso, sia pure indirettamente, il divieto di svolgere attività diverse da quelle espressamente consentite ai soggetti che godono del beneficio del minimo garantito.

### ORIENTAMENTI

#### Giurisprudenza

Conforme: Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2010, n. 8069; Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651; Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282; Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1037; Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829.

Difforme: Tar Lazio - Roma, sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36; Tar Lazio - Roma, sez. III-ter, 6 novembre 2009, n. 10891; Tar Piemonte - Torino, sez. I, 21 luglio 2009, n. 2074 (poi riformata dalla sentenza); Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346 (per un'interpretazione restrittiva dell'art. 13 d.l. n. 223/2006)

#### Dottrina

C. Contessa, *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli enti locali: verso una nuova nozione di strumentalità?*, in *Urb. e app.*, 2010, 459 ss.; D. Florenzano, *Le società delle amministrazioni regionali e locali: l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006*, n. 223, Padova, 2008; G. Calò, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in [www.giustam-m.it](http://www.giustam-m.it).

#### Omissis.

### Il commento di Sandro Mento

Le limitazioni operative che l'art. 13 del decreto-legge n. 223/2006 sancisce per le società regionali e locali a capitale interamente pubblico o misto, che hanno carattere strumentale, riguardano l'obbligo di operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti, senza poter svolgere prestazioni in favore di altri soggetti pubblici o privati (né in affidamento diretto né con gara), e il divieto di partecipare ad altre società o enti operanti nel territorio nazionale. Il problema affrontato nella sentenza in esame riguarda il controverso tema dell'estensione del contenuto precettivo dell'art. 13 cit. anche alle società c.d. di terzo grado (e cioè alle società partecipate da altre società in mani pubbliche regionali e locali), qualora queste siano partecipate (o costituite) da società strumentali, anche per lo svolgimento di attività non strumentali agli enti di riferimento.

#### I fatti

La sentenza chiarisce che 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, devono operare solo con questi

ultimi e non possono svolgere prestazioni in favore di altri soggetti pubblici o privati (in affidamento diretto oppure tramite gara) né partecipare ad altre società operanti nel territorio nazionale (1).

La decisione rappresenta, quanto meno nei limiti di cui si dirà, il punto di arrivo di un articolato percorso dottrinale e giurisprudenziale, che, sin dall'entrata in vigore dell'art. 13, l. n. 223/2006, ha indagato il tema della possibile estensione del divieto ivi codificato (testualmente riferito soltanto alle società strumentali direttamente costituite o partecipate da enti locali e territoriali) alle società di "secondo e terzo grado". Nello specifico la decisione del Consiglio di Stato ha accolto l'appello presentato da una società (A. s.p.a.) attiva nel settore delle tecnologie di sicurezza ITC avverso la sentenza del Tar Piemonte - Torino, sez. I, n. 2074/2009. La vicenda ha preso avvio da un ricorso presentato dalla citata azienda nei confronti degli atti di una gara indetta dal Csi-Piemonte (Consorzio per il sistema informativo piemontese) per l'affidamento del servizio di rilascio di certificati digitali (e forniture accessorie) destinato agli atenei della regione e vinta dalla società Infocert s.p.a. (società partecipata interamente da Infocamere s.c.p.a., a sua volta società consortile delle Camere di commercio italiane).

Il giudice di prime cure, se da un lato ha riconosciuto che, sotto il profilo soggettivo, il riferimento alle amministrazioni locali (di cui al comma 1 dell'art. 13, d.l. n. 223/2006) doveva interpretarsi in chiave estensiva includendovi anche gli enti locali non territoriali come le Camere di commercio, non ha poi ritenuto operante il divieto di cui all'art. 13 cit. nei riguardi di Infocert e ha rigettato il ricorso di A. Questo perché Infocert, società nata dallo scorporo del ramo d'azienda di Infocamere dedicato alle attività di sicurezza informatica (e relativa commercializzazione), non avrebbe avuto carattere strutturale, e quindi ad essa il divieto non sarebbe applicabile.

### Il dato normativo e le società di "secondo e terzo grado"

Come si è detto, l'art. 13 d.l. n. 223/2006 stabilisce un divieto sostanziale per le società strumentali delle regioni e degli enti locali di svolgere prestazioni in favore di altri soggetti pubblici o privati e di partecipare ad altre società (o enti) aventi sede nel territorio nazionale (2).

La norma, non a caso inserita in un provvedimento intitolato «Disposizioni urgenti per il rilancio eco-

nomico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale» (3), mira a salvaguardare (almeno in linea teorica) il c.d. "libero gioco della concorrenza" attraverso l'eliminazione di posizioni di privilegio per

#### Note:

(1) Sul punto, per tutti, A. Di Leo, *Le società di secondo e terzo grado nel decreto Bersani*, in *questa Rivista*, 2010, 8, 788 ss.; M. Mensi, *Le società strumentali: alcune riflessioni sull'art. 13 della legge Bersani. Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di C. Franchini e F. Tedeschini, Torino, 2009, 346 ss. Sul rapporto art. 13 cit. società miste si legga invece M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 262 ss. e D. Casalini, *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, in *questa Rivista*, 2009, 9, 969 ss. Si v. anche la recente sentenza Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77, in [www.dirittodiservizi-publici.it](http://www.dirittodiservizi-publici.it), la quale, sempre in materia di società "miste", ha stabilito che «...mentre i divieti e gli obblighi imposti dal 1° e 2° comma del predetto art. 13 (con la sanzione prevista dal successivo 4° comma della nullità dei contratti stipulati in violazione di detti divieti e di detti obblighi) trovano una ben ragionevole giustificazione per le società c.d. strumentali, non altrettanto ragionevole né fondata (soprattutto in base alla "ratio" della predetta norma) appare l'applicazione della stessa anche per quelle società c.d. "miste". (partecipate da soggetti pubblici e privati) che, pur non avendo un oggetto sociale esclusivo circoscritto come tale alla sola operatività con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (e quindi svolgendo sia servizi pubblici locali, sia altri servizi e forniture di beni a favore di altri enti o loro società o aziende pubbliche e private), operano comunque nel pieno rispetto delle regole di concorrenza imposte dal mercato ed altresì nel pieno rispetto delle regole previste per le procedure di affidamento dei contratti pubblici». In merito si v. pure Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3752, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) e Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766, in [www.dirittodiservizi-publici.it](http://www.dirittodiservizi-publici.it).

(2) Si riportano gli altri commi in cui è suddiviso l'art. 13 cit. «1. 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 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) Per un commento generale alla riorganizzazione in forma privatistica dell'esercizio delle funzioni pubbliche si legga *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2009, 34 ss.; F. Battini, *Le società partecipate dagli enti locali*, in *questa Rivista*, 2008, 2, 209. Corte cost., 1 agosto 2008, n. 326, in *Foro amm.-CDS*, 2008, 2013, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, in quanto le disposizioni contenute nella norma «...sono riconducibili alla competenza (segue)

## Giurisprudenza Società partecipate

le società strumentali degli enti pubblici, in ragione della loro stretta contiguità con questi ultimi, a scapito degli operatori privati (4). Come è stato chiaramente evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, l'art. 13 cit. ha definito il suo ambito di applicazione «...non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all'oggetto sociale di queste ultime» (5). Il substrato teorico-dogmatico della norma si fonda sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici (6).

Nel primo caso vi è attività di natura finale o strumentale posta in essere da soggetti che operano per conto di una pubblica amministrazione (in genere attraverso il modulo delle esternalizzazioni) (7). Nel secondo caso vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori oppure utenti) in regime di concorrenza con altri imprenditori (8). Entrambe le attività possono essere svolte tramite il modulo societario, ma a condizioni diverse (si pensi alle procedure di affidamento e al regime di proprietà del capitale) (9). Ciò al fine di evitare che un operatore, il quale svolga attività amministrativa (ex art. 13 cit.), eserciti, allo stesso tempo, pure un'attività d'impresa beneficiando, in quanto "parte" della pubblica amministrazione, di asimmetrie informative in grado di alterare la *par condicio* con gli altri operatori e di eludere sostanzialmente il rischio d'impresa. Sebbene siano titolari della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), gli enti territoriali devono tenere ben distinta l'attività amministrativa - specie se svolta in forma societaria - dalle altre aree di intervento (come i servizi pubblici) per evitare che il soggetto (la società) titolare di compiti amministrativi abbia una posizione di privilegio sul mercato. Sul concetto di strumentalità, invece, la giurisprudenza ha precisato che questa si sostanzia nello svolgimento di un'attività rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società; l'azienda strumentale, in altre parole, opera essenzialmente con detti enti e non per il pubblico (10). In tale quadro si è inserito il dibattito sulle società

### Note:

(segue nota 3)

za legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile, in quanto volte a definire i confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa, soggetta alle regole del mercato, e alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza, essendo volte a eliminare distorsioni della concorrenza stessa. In particolare, le previsioni in base alle quali le società in questione non possono operare per soggetti diversi dagli enti territoriali sono c.d. affidanti, imponendo di fatto una separazione societaria, e obbligandole ad avere un oggetto sociale esclusivo, mirano ad assicurare la parità nella competizione, che potrebbe essere al-

terata dall'accesso di soggetti con posizioni di privilegio in determinati mercati. Esse, dunque, non sono irragionevoli, né sproporzionate rispetto alle esigenze indicate». In merito si legga il commento di G. D'Auria, *Responsabilità dell'amministrazione e responsabilità del funzionario*, in *Foro amm.-Cds*, 2008, 3479.

(4) Si v. Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946, in *Foro amm.-Cds*, 2008, 800 ss. Tar Piemonte - Torino, sez. I, 21 luglio 2009, n. 2074 ha chiarito che «...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, e 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 inattuabilmente 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 distortivo 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».

(5) Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282, in questa *Rivista* 2010, 5, 529.

(6) Su tali profili si rinvia alla monografia di G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

(7) Sul tema *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. Fiorentino e B.G. Mattarella, Santarcangelo di Romagna, 2007.

(8) Sul tema, da ultimo, D. Agus, *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in questa *Rivista*, 2010, 5, 464. Sulla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica si legga pure la recente sentenza della Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it) relativa alla disciplina dell'art. 23-bis, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112.

(9) In proposito si v. proprio la disciplina dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 e il d.P.R. 7 settembre 2010, n. 158.

(10) Si v. Cons. Stato, sez. V, n. 1282/2010, cit., che cita Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346, in *Foro amm.-Cds*, 2009, 1727 e Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766, in *Foro amm.-Cds*, 2009, 1481. Tar Lazio - Roma, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 2051 ha specificato che possono definirsi strumentali all'attività di un ente pubblico 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 istituzionali. Riguardo, invece, il requisito dell'oggetto sociale esclusivo si v. la sentenza Cons. Stato (Ad. plen.) 3 marzo 2008, n. 1, in questa *Rivista*, 2008, 11, 1119, la quale ha stabilito che l'oggetto sociale, esclusivo di cui all'art. 13, com-

(segue)

di secondo e, soprattutto, di terzo grado (11). Le società di secondo grado, invero, non presentano particolari profili problematici agli effetti della disciplina qui esaminata. Se hanno carattere strumentale, queste ricadono automaticamente nel divieto ex art. 13 cit. essendo, dette società, costituite (e partecipate) direttamente dagli enti pubblici.

Viceversa più articolato è il dibattito sulle società di terzo grado, e cioè, sulle società costituite o partecipate da altre società (il cui capitale è, in genere, in mani pubbliche) per soddisfare esigenze (spesso non strumentali) alle amministrazioni di riferimento. Premesso che sull'argomento si sono confrontate una tesi estensiva (12) e una restrittiva (13), di recente i giudici amministrativi (e la maggioranza della dottrina) hanno attribuito maggior credito alla prima (14). Questa ritiene applicabile pure alle società di terzo grado il divieto ex art. 13 cit. per ragioni di natura interpretativa e teleologica. Il criterio di interpretazione letterale della norma fa ritenere che la stessa si applichi anche alle società indirettamente partecipate.

Infatti la locuzione "o partecipate", contenuta nel testo della norma, comprenderebbe pure l'ipotesi che la presenza del soggetto pubblico sia, oltre che diretta, mediata da una partecipazione, all'interno dello stesso gruppo societario (ma riconducibile, comunque, all'ente pubblico). Altro argomento in favore di tale indirizzo è quello, appunto, teleologico, secondo cui la ratio della norma sarebbe di evitare che la partecipazione indiretta dell'ente nella società rappresenti lo strumento per eludere facilmente il divieto in questione e porre, di conseguenza, in crisi la tutela dei valori sottesi alla regola (15).

Sul punto si è espressa pure la Corte costituzionale, la quale, nella sentenza n. 326/2008, ha chiarito che il divieto di detenere partecipazioni in altre società (o enti) è volto a evitare che le società strumentali svolgano indirettamente, tramite partecipazioni o loro articolazioni, le attività precluse. A queste, pertanto, non è vietato di possedere qualsiasi partecipazione, o di aderire a qualunque ente, ma solo di detenere partecipazioni in soggetti che operano in settori preclusi alle società stesse.

### L'indirizzo restrittivo

Fermo restando quanto si è appena osservato, ancora di recente è possibile rinvenire l'espressione dell'indirizzo restrittivo nell'interpretazione del divieto di cui all'art. 13 cit. In proposito il Tar Lazio - Roma, sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36 (16) ha evidenziato che «...il divieto invocato dalla ricorrente è ri-

volto dall'art. 13, comma 1 del d.l. n. 223 del 2006 alle società "a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali"; il richiamo del legislatore al capitale sociale ed alla figura della costituzione e della partecipazione evoca la necessità che l'ente locale sia socio, come tale titolare di una partecipazione al capitale sociale». Ciò posto il Colle-

### Note:

(segue nota 10)

ma 1 è 2 d.l. n. 223/2006 non deve essere inteso come divieto delle società cosiddette «*multititlies*», ma rafforza la regola dell'esclusività evitando che dopo l'affidamento la società possa fare altro. Sul punto Tar Sardegna - Cagliari, sez. I, 11 luglio 2008, n. 1371, in *Foro amm.-Tar*, 2008, 2251, ha evidenziato che le società miste, le quali hanno per oggetto la gestione dei servizi pubblici locali, pur non rientrando in via diretta nell'ambito di applicazione del secondo comma dell'art. 13 d.l. n. 223/2006, devono avere oggetto sociale esclusivo. Se, infatti, sono assoggettate a tale prescrizione le società di cui al comma 1 dell'art. 13 cit., ossia le società che svolgono attività di produzione di beni e servizi strumentali, le quali pertanto non possono comprendere nel loro oggetto sociale lo svolgimento di servizi pubblici locali, ne deriva, secondo il Giudice, che anche le società miste, le quali intendano dedicarsi alla gestione di questi ultimi, devono prevedere quale loro oggetto sociale esclusivo la gestione dei servizi pubblici locali. Pertanto, ha proseguito il Tar Sardegna, «...alle procedure di gara pubbliche (indette da soggetti diversi dagli enti costituenti o partecipanti o affidanti) non possono partecipare né le società miste che hanno come oggetto sociale (esclusivo) i servizi strumentali né le società miste che hanno come oggetto sociale sia servizi strumentali che servizi pubblici locali, in quanto le società in questione per il fatto della presenza di soggetti pubblici nella struttura della partecipazione societaria, sono in grado di provocare quelle "alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di alterare la parità degli operatori", che le norme di cui all'art. 13, commi 1 e 2, intendono evitare». Una tesi analoga a quella del Tar Sardegna è espressa dal Tar Lombardia - Milano, sez. I, 11 gennaio 2010, n. 8, in [www.dirittodeiserviziubblici.it](http://www.dirittodeiserviziubblici.it).

(11) Sul tema si rinvia a P. Pacifico, *Le partecipazioni societarie indirette nel quadro dell'art. 13 del d.l. 223 del 2006*, c.d. Bersellini, in *Foro amm.-CdS*, 2009, 1913.

(12) Si v. ad esempio TAR Lombardia - Milano, sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140, in *questa Rivista*, 2007, 5, 534.

(13) Invero non sono numerose le sentenze che hanno avallato la tesi restrittiva. Tra queste, recentemente, si cfr. Tar Liguria - Genova, sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39, in *Foro amm.-Tar* 2009, 52.

(14) Oltre alle sentenze già citate nelle note precedenti si v. la sentenza Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829, tra le prime ad aver affrontato, sebbene in maniera non compiuta, il problema dell'applicazione dell'art. 13 cit. alle società di terzo grado (in [www.dirittodeiserviziubblici.it](http://www.dirittodeiserviziubblici.it)). Per la dottrina, invece, si v. M. Cammelli, M. Dugato, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 347 ss. Si v. pure le considerazioni di B. Mameli, *L'in-house tra regola ed eccezione*, in *Riv. resp. civ. e prev.*, 2010, 1949 ss.

(15) Su tali profili V. Ricciuto, in *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma*, a cura di C. Franchini e F. Tedeschi, Torino, 2009, 44.

(16) La sentenza è reperibile in *Urb. e app.*, 2010, 459.

gio non ha ritenuto «...di accedere al postulato che la disposizione debba ritenersi estesa alle forme di partecipazione indiretta o mediata, e, indi, anche alle società c.d. di terzo grado, ipotesi qui ricorrente». Le ragioni poste a base dell'interpretazione sono, secondo il Tar, sistematiche e teleologiche. Sotto il primo profilo, si ritiene significativa la circostanza che «...l'art. 13, comma 1, diversamente da altre fattispecie normative (tra cui l'art. 90, comma 8 del codice dei contratti), non ha fatto riferimento alle figure del controllo e del collegamento societario ex art. 2359 c.c., locuzione idonea a ricomprendere nello specchio applicativo anche le società di terza generazione».

Sotto il profilo teleologico, poi, «...l'effettività del divieto di cui al comma 1 [dell'art. 13 cit.] è efficacemente assicurata, alla fine del periodo transitorio previsto (e indipendentemente dall'apprezzamento della durata temporale di questo), anche mediante lo "scorporo" delle attività non consentite, ovvero mediante la costituzione di una "separata società", cui riservare le attività rivolte al mercato». Dunque, secondo il giudice, la separazione delle società (e dei rispettivi bilanci) operanti sul mercato con soggetti terzi rispetto a quelle direttamente partecipate dagli enti locali (e fornitrici di beni e servizi strumentali agli stessi) sembrerebbe costituire una sufficiente garanzia di non distorsione della concorrenza, in quanto il capitale apportato dagli enti locali non affluirebbe direttamente nel capitale di rischio delle imprese operanti in regime di concorrenza.

La tesi del Tar Lazio, pur suggestiva, non convince. L'impostazione appare discutibile sotto diversi punti di vista. Innanzitutto, se si guarda al puro dato letterale, si può rilevare come il divieto per le società strumentali di partecipare ad altre società (qualunque) o enti aventi sede nel territorio nazionale sia espressamente stabilito dall'art. 13 cit. Pertanto, a voler interpretare rigorosamente il testo della disposizione, le società strumentali non potrebbero assumere alcuna partecipazione in altri soggetti. Ciò è tanto più vero se si considera che, come stabilito dal c. 2 dell'art. 13 cit., tali società devono (o dovrebbero) avere un oggetto sociale esclusivo e, quindi, la vocazione ad operare solo in un dato contesto (o ambito). In secondo luogo, a parte il dato letterale (e quello sistematico), la tesi del Tar non considera che il vincolo posto dalla norma speciale, se riferito solo alle partecipazioni dirette (delle amministrazioni pubbliche regionali e locali), sarebbe facilmente aggirabile tramite partecipazioni societarie mediate (come nel caso di specie, in cui la società di terzo grado è di fatto in rapporto di de-

legazione interorganica con l'ente pubblico di riferimento) con sostanziale vanificazione della regola, che pertanto resterebbe priva di effettività.

### **Il precedente giurisprudenziale riferito a Infocamere - Infocert**

La pronuncia del Consiglio di Stato in esame non è l'unica ad aver analizzato - nella prospettiva dell'art. 13 cit. - il rapporto tra Infocamere e Infocert. Infatti la sentenza del Consiglio di Stato n. 1037/2010 si è già occupata dei rapporti tra queste due aziende e la norma in questione (17).

Nella sentenza i giudici amministrativi hanno, innanzitutto, posto in risalto il legame tra i due soggetti (insito nella partecipazione societaria di Infocamere in Infocert).

Per dimostrare l'estraneità di Infocert da ogni attività strumentale nei confronti di Infocamere (e mediamente nei riguardi delle Camere di commercio), parte appellante ha cercato di fare leva sul dato (societario) dello scorporo mediante costituzione di una diversa società per la gestione delle attività non consentite alla società strumentale (come previsto dal c. 3 dell'art. 13 cit.). Tuttavia il Consiglio di Stato ha chiarito che se fosse ammessa la costituzione del nuovo organismo societario ad opera della società strumentale scorporante mediante impiego del proprio capitale «...risulterebbe palesemente violato il divieto imposto alle società strumentali di partecipare ad altre società ed enti, sancito dal comma 1 dell'art. 13». L'apparente antinomia, ha proseguito il giudice, è superabile interpretando la norma che prevede lo scorporo nell'unico senso logicamente coerente con gli obblighi di dismissione, e cioè, come volta a promuovere un'operazione che, nella creazione dell'organismo destinato a gestire le attività dismesse, non comporti l'intervento finanziario dell'ente strumentale (evidentemente anche in misura residuale).

Queste considerazioni hanno, infine, portato il Consiglio di Stato a concludere che Infocert, nelle vicende in esame, non era legittimata a partecipare ad una gara bandita dalla Regione Toscana stante l'operatività nei suoi confronti del divieto ex art. 13 cit.

### **I profili di interesse della sentenza in esame**

La sentenza in esame aggiunge un ulteriore tassello al quadro delineato. In particolare il Consiglio di

#### **Nota:**

(17) Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1037, in *Foro amm.-CdS*, 2010, 390.

Stato sottolinea che, al fine di far venire meno il divieto dell'art. 13 cit., lo scorporo delle attività non consentite alla società strumentale deve dare origine a un organismo effettivamente separato, autonomo e indipendente da questa. Il giudice sembra quindi lasciare margini di operatività alle società che risultino indirettamente partecipate dalle amministrazioni regionali e locali, purché queste siano - effettivamente - autonome e indipendenti dalle società (strumentali) che le partecipano. La pronuncia del Collegio, si noti, sembra spostare l'attenzione sul dato societario (ex art. 2359 c.c.) lasciando sullo sfondo il profilo della strumentalità, che, tuttavia, costituisce il fulcro intorno al quale ruota la disciplina della norma in esame (e ciò diversamente da quanto rileva dalla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1037/2010, in cui il giudice non sembra aver lasciato spazi, di seguito allo scorporo, a nessun intervento finanziario della società strumentale nell'organismo di terzo grado). Dalla lettura della sentenza sembrerebbe risultare, dunque, ammissibile la partecipazione (minoritaria e non di controllo) di una società strumentale in un'altra (di terzo grado) chiamata anch'essa a svolgere (magari soltanto in via residuale) attività strumentale alla pubblica amministrazione. Tuttavia questa impostazione non sembra coerente con quanto stabilito, successivamente, sempre dalla stessa sezione del Consiglio di Stato (sentenza n. 8069/2010) (18), secondo cui «...è solo la specifica missione strumentale della società rispetto all'ente che l'ha costituita ovvero la partecipa a giustificare il divieto legislativo di operare per altri soggetti pubblici o privati». Il presupposto «...per l'applicazione delle norme (anche nei confronti di società c.d. di terza generazione) è che la società [di secondo grado] costituita o posseduta dall'ente locale svolga servizi strumentali per gli enti locali». Di conseguenza le preclusioni per le società strumentali si devono ritenere estese pure «...alle società da queste costituite (anche per attività non strumentali), per non consentire l'elusione della norma che si realizzerebbe se si ritenesse possibile lo scorporo ad altra società partecipata delle attività per le quali non è consentito l'accesso al mercato». Come si può notare, in quest'ultima decisione, il giudice amministrativo valorizza il dato strumentale a scapito di quello societario, con conseguente estensione del divieto ex art. 13 cit. a qualunque società di terzo grado (anche se mista e a vocazione non strumentale) partecipata da una società strumentale. Si può svolgere una considerazione conclusiva. A prescindere dalle diverse opinioni circa l'applicazio-

ne del divieto codificato nella norma in esame alle società di terzo grado, il nodo che le recenti decisioni giurisprudenziali non hanno ancora risolto - e che influenza ogni indagine in merito alla portata dell'art. 13 d.l. n. 273/2006 - è quello relativo all'applicazione del divieto alle società con diverse vocazioni (e cioè a quelle che, pure a capitale misto, svolgono attività sia strumentali sia di produzione di beni e servizi destinati al pubblico). Premesso che, alla luce del dato letterale della norma, non potrebbero (più) operare società di questo tipo (le società strumentali devono avere oggetto sociale esclusivo: si v. c. 2 art. 13 cit.), ancora di recente la giurisprudenza amministrativa sembra fornire ampie giustificazioni a tali ibridi, che creano incertezze sul raggio di azione del precetto. Ad esempio, Cons. Stato, sez. V, n. 77/2011 (19) ha stabilito che mentre i divieti e gli obblighi imposti dai comma 1 e 2 dell'art. 13 cit. trovano una «...ragionevole giustificazione per le società c.d. strumentali, non altrettanto ragionevole né fondata (soprattutto in base alla "ratio" della predetta norma) appare l'applicazione della stessa anche per quelle società c.d. "miste" (partecipate da soggetti pubblici e privati) che, pur non avendo un oggetto sociale esclusivo circoscritto come tale alla sola operatività con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (e quindi svolgendo sia servizi pubblici locali, sia altri servizi e forniture di beni a favore degli enti pubblici e privati partecipanti nonché a favore di altri enti o loro società o aziende pubbliche e private), operano comunque nel pieno rispetto delle regole di concorrenza imposte dal mercato ed altresì nel pieno rispetto delle regole previste per le procedure di affidamento dei contratti pubblici».

Come si può notare, il fatto di operare non violando la concorrenza (e le norme in materia di gare) non solleva tali società dall'obbligo di rispettare il divieto di cui al c. 2 dell'art. 13 cit., la cui essenza è di impedire alla radice una commistione tra attività che il legislatore (con una valutazione ex ante e a prescindere dai singoli casi concreti) ha qualificato comunque dannosa per la concorrenza.

**Note:**

(18) Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2010, n. 8069, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(19) Si v. nota 1 che precede.