

ARTICOLI E NOTE

© copyright

GIUSEPPE CAIA

Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza

SOMMARIO: 1. I problemi che possono sollevare le norme di cui all'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006 (convertito in legge n. 248 del 2006). - 2. Il profilo delle norme in oggetto. - 3. Necessità di considerare che le varie società costituite o partecipate dalle Amministrazioni regionali e locali rispondono a modelli (finalisticamente, strutturalmente ed operativamente) differenziati. - 4. Le società sottoposte alle nuove norme sono quelle che forniscono beni o servizi direttamente alle Amministrazioni regionali e locali che le hanno appositamente costituite o partecipate quali moduli di gestione diretta. - 5. Il significato dell'espressione 'società a capitale misto' nell'attuale sistema amministrativo (corrisponde ad un modello tipizzato). - 6. Le ragioni delle limitazioni disposte dal legislatore nei confronti delle società appositamente costituite o partecipate quali moduli di gestione diretta. La specifica questione delle società partecipate da altre società. - 7. Ulteriori argomenti che smentiscono un'interpretazione enfatica delle norme in oggetto. - 8. (segue): nella giurisprudenza amministrativa e comunitaria sui modelli societari a partecipazione pubblica. - 9. Il divieto di partecipare "ad altre società o enti" e la disciplina transitoria stabilita nell'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006.

1. I problemi che possono sollevare le norme di cui all'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006 (convertito in legge n. 248 del 2006).

Il titolo di questo scritto riproduce la rubrica dell'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni in legge 4 agosto 2006, n. 248 e successivamente modificato anche dall'art. 1, comma 720° della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Si tratta di norme, che riguardano le società costituite o partecipate dalle Amministrazioni pubbliche regionali e locali, e che molto hanno fatto discutere sin dal momento della loro introduzione nell'ordinamento; di ciò risultano testimonianze le modifiche, ridotte ma contenutisticamente significative, che sono state apportate alle norme come inizialmente dettate nel decreto-legge.

Le norme in questione meritano la massima attenzione, perché le loro possibili ricadute vanno ben al di là dell'ambito delle misure urgenti per il rilancio dell'economia e per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, tipiche delle disposizioni di carattere contingente di solito introdotte con siffatti decreti-legge. Infatti, se queste norme con contenuto limitatore saranno enfaticamente applicate, si potrà avere un condizionamento dello stesso modo di essere delle Amministrazioni pubbliche regionali e locali rispetto alla capacità privatistica che - anche per esse - è innegabile (in conformità ai principi generali) così come rispetto agli strumenti a loro disposizione per concorrere al raggiungimento degli interessi pubblici, dei quali - nell'ambito delle rispettive competenze - sono portatrici come enti esponenziali delle collettività rappresentate. Se le norme saranno, all'opposto, riduttivamente applicate si potrebbe perdere l'occasione di fare chiarezza, in equilibrata e non sovrapplicata coerenza con i principi comunitari e nazionali sulla tutela della concorrenza e del mercato.

Per queste ragioni, le norme in oggetto meritano un'analisi non semplicemente esegetica ma di inquadramento nel sistema, per comprendere, anzitutto, se esse hanno disposto o meno un identico ('parificato') trattamento di fattispecie societarie che rispondono - invece - a modelli tra loro differenti e se le misure che le norme stesse introducono (le limitazioni operative per le società menzionate) siano o meno coerenti rispetto alla finalità che le stesse si propongono (la tutela della concorrenza), con tutte le relative conseguenze in punto di ragionevolezza, proporzionalità ed autonomia pubblica.

2. Il profilo delle norme in oggetto.

Sintetizzando qui alcuni profili del contenuto dispositivo di queste norme, sul quale si tornerà partitamente nello sviluppo dell'esposizione, si può notare che esse richiamano e in parte pongono varie limitazioni funzionali per le "società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali", ma con la precisazione (che non può non ricavarsi dal testo della legge) che le norme si riferiscono 'solo' a quelle società che operano "per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, *con l'esclusione dei servizi pubblici locali* [il corsivo è dell'a.], nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza" (art. 13, comma 1°). La necessità che ricorrano entrambe le condizioni (partecipazione pubblica ed operatività negli ambiti descritti), perché le norme risultino applicabili, si ricava sotto un duplice profilo. L'esclusione ("dei servizi pubblici locali") è disposta proprio con riferimento al settore di operatività delle società interessate, sicché lo svolgimento o meno di una certa attività è determinante per integrare la fattispecie normativa delle società sottoposte alla nuova disciplina. Se il legislatore avesse ritenuto di sottomettere al nuovo regime tutte le società costituite o partecipate dalle Amministrazioni regionali e locali, solo perché tali, non avrebbe avuto bisogno di descrivere anche il tipo di 'missione' che esse si trovino a svolgere, perché la categoria sarebbe stata comunque facilmente identificabile; da ciò deriva allora che, per determinare l'applicabilità delle nuove norme, non è sufficiente il mero dato della partecipazione pubblica.

Le norme qui commentate escludono, inoltre, "dal divieto di partecipazione ad altre società o enti" e di conseguenza, per quanto le riguarda, anche dalle limitazioni funzionali stabilite nelle norme stesse le "società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385" (sempre art. cit., comma 1°).

Anche questo rappresenta una conferma del fatto che le norme non possono essere riferite a 'qualsivoglia' società di capitali, solo perché costituita o partecipata dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali. Le limitazioni operative che l'art. 13 del decreto-legge sancisce per le società regionali e locali a capitale interamente pubblico o misto, che presentano i compiti sopra descritti, si sostanziano nell'obbligo di "operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti" senza poter svolgere "prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara" ed essendo, inoltre, loro inibito di "partecipare ad altre società o enti" (ancora nel comma 1°). In relazione a ciò viene stabilito, in generale, che le società "non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1" (comma 2°) e che i contratti "conclusi ... in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli".

E' opportuno evidenziare che le norme limitatrici, contenute nell'art. 13 del decreto-legge, destinate certamente a valere in tutta la loro estensione per le particolari società ivi descritte se costituite dopo la data di entrata in vigore delle norme stesse, sono accompagnate da una disciplina transitoria (comma 3° e 4°), riferibile alle società preesistenti ed alle attività già intraprese. L'importanza della disciplina transitoria, sulla quale ci si soffermerà nel paragrafo 9. di questo scritto, risiede nel fatto che nell'incidere su situazioni preesistenti e talora consolidate non è possibile ignorare che esse erano sorte in base ad un regime valido e non contestato all'epoca del loro sorgere, cosicché le nuove previsioni non possono che essere mediate (come in realtà ha fatto il legislatore del decreto-legge e, assai meglio di esso, quello delle modifiche) individuando regole peculiari, circoscritte alle ipotesi preesistenti, quale forma di equilibrio tra i principi di affidamento e buona fede e le statuizioni 'ora' introdotte.

3. Necessità di considerare che le varie società costituite o partecipate dalle Amministrazioni regionali e locali rispondono a modelli (finalisticamente, strutturalmente ed operativamente) differenziati.

Anticipando la valutazione che delle norme in questione sembra essere la più esatta, si può dire che queste norme - se correttamente intese - non sono né incostituzionali né inopportune, ma sono piuttosto caratterizzate da una formulazione inappropriata che può condurre, come ha condotto, ad una lettura assai distante rispetto a quello che non può non essere il loro esatto contenuto dispositivo. Un caso di interpretazione che, se veramente fosse l'unica possibile, implicherebbe l'incostituzionalità delle norme è quello di cui alla deliberazione n. 135 del 9 maggio 2007 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sulla quale si tornerà più avanti.

Invero, la formulazione di queste norme, pure se non incisiva né lineare, non è - tuttavia - generica o del tutto imprecisa, sicché, tenendo conto degli istituti e delle figure che ivi sono richiamati, così come delle coordinate comunitarie e costituzionali nelle quali le norme si debbono inscrivere (ed alla luce delle quali debbono essere applicate), si può giungere alla conclusione che le norme in discorso presentano un contenuto dispositivo ragionevole e proporzionato così come rispettoso dei principi di affidamento e buona fede.

Tutto questo, purché non si cada nelle già ricordate letture enfatiche dell'art. 13 del decreto-legge, e tali da commassare nella medesima sorte (sottoponendole al medesimo regime limitativo) società che

invece rispondono a modelli finalisticamente, strutturalmente ed operativamente assai differenti tra loro; a condizione cioè che non si ritenga (erroneamente) che il legislatore abbia detto che 'tutti i gatti sono grigi' e cioè che qualunque società, solo per il fatto di essere partecipata dalle Amministrazioni pubbliche regionali e locali, subisce le limitazioni operative dettate dalle norme in oggetto. Insomma, poiché la (pure non perspicua) formulazione delle norme in oggetto prende ragionevolmente atto di una casistica societaria differenziata, menzionandone i tratti, si deve ritenere così determinata l'applicabilità delle misure disposte (solo) ad alcune categorie di società costituite o partecipate dalle Amministrazioni regionali e locali. Se questa, come sembra, è la lettura corretta, allora le norme stesse possono risultare (e risultano) conformi alle regole comunitarie e costituzionali. Sotto altro riguardo, le norme in discorso - se lette nella maniera 'misurata' che qui si propone - possono risultare opportune quale precisazione e sottolineatura di quelli che sono, effettivamente, i 'modelli organizzativi in forma societaria' della Pubblica amministrazione, con conseguente distinzione da quelli che rappresentano i casi in cui quest'ultima utilizza gli strumenti societari attenendosi (e dovendosi attenere) ad un principio di paritarità, facendo cioè appello alle sole prerogative del diritto comune, sia nei rapporti con la società così partecipata che nei rapporti da quest'ultima intrattenuti od instaurandi con altri soggetti pubblici o privati.

4. Le società sottoposte alle nuove norme sono quelle che forniscono beni o servizi direttamente alle Amministrazioni regionali e locali che le hanno appositamente costituite o partecipate quali moduli di gestione diretta.

Venendo a sviluppare gli argomenti che sono alla base dell'opinione sintetizzata nelle considerazioni introduttive, si deve anzitutto partire dai riferimenti - pure se non chiarissimi - che compaiono nel testo dell'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006. Questi riferimenti possono essere meglio colti se si pone attenzione alle modifiche introdotte con la legge di conversione e con la legge finanziaria 2007.

Le figure considerate dalle norme in commento, e cioè quelle che ricadono nel relativo ambito di applicazione, risultano solamente quelle che rappresentano 'moduli organizzativi pubblicistici' delle Amministrazioni e non anche quelle che si traducono in normali società del tutto soggette al diritto comune, anche se partecipate dalle Amministrazioni pubbliche regionali e locali. Ciò si ricava già dalla rubrica dell'articolo 13, che nonostante il contenuto descrittivo e non normativo - proprio dei titoli interni come esterni di una legge - esprime chiaramente il contesto nel quale le norme di muovono: esse sono, tra l'altro, dirette alla "riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali". Quindi le società costituite o partecipate dalle Amministrazioni pubbliche regionali e locali ricadono tra quelle cui l'art. 13 si applica, quando e se esse rappresentano "apparati pubblici" seppure in forma di società. Si tratta, dunque, delle società 'appositamente' costituite o partecipate, secondo il modulo della gestione diretta, per l'espletamento di compiti e prestazioni specificamente rivolti agli enti territoriali che le hanno costituite o partecipate. Pertanto, l'essere risultate affidatarie dirette (senza gara) della produzione dei beni e servizi destinati alle Amministrazioni partecipanti (con "l'esclusione dei servizi pubblici locali") è l'elemento che consente di distinguere le società sottoposte all'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006 dalle altre società pure se partecipate da tali Amministrazioni.

A questa lettura si deve pervenire a meno di non ignorare del tutto la significativa sottolineatura che i beni e servizi prodotti dalle società sottoposte alla norma sono quelli "strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali" (formulazione del comma 1° nel testo risultante dalle modifiche apportate in sede di conversione in legge del decreto). Si tratta di una formulazione ridondante, ma che - proprio perché insistita - ha l'effetto di delimitare la portata applicativa delle norme in questione.

La volontà del legislatore di ricomprendere nell'ambito applicativo delle norme quelle, e solo quelle, società che hanno come diretti destinatari delle loro prestazioni gli stessi enti territoriali (che le hanno costituite o partecipate) è dimostrata anzitutto dalla indicata 'strumentalità' e 'funzionalità' delle prestazioni, considerate rispetto all'attività propria dei medesimi enti territoriali, così come dall'altra ipotesi ricompresa nella norma e cioè quella dello svolgimento di "funzioni amministrative di ... competenza" pubblica, non attraverso la normale organizzazione dell'ente territoriale ma 'esternalizzato' nelle società appositamente costituite o partecipate.

Inoltre, la volontà del legislatore, così come ora ricostruita, risulta ulteriormente dimostrata dalla già ricordata "esclusione dei servizi pubblici locali" e dunque delle società che li espletano, pur se partecipate, rispetto all'ambito applicativo delle nuove norme. Tale esclusione rende, infatti, esplicito che le società sottoposte alle limitazioni introdotte con l'art. 13 sono solamente quelle che forniscono beni o servizi 'direttamente' alle Amministrazioni pubbliche regionali e locali e che proprio in vista di tali specifiche prestazioni sono da esse costituite o partecipate.

Si tratta, pertanto, delle speciali società, interamente pubbliche o miste, la cui azione si riferisce alla materia degli appalti pubblici, senza però l'applicazione della normativa europea ed interna altrimenti

relativa a tali contratti. E tale deroga avviene per il fatto che si tratta - nonostante la forma societaria rivestita - di moduli organizzativi 'interni' delle Amministrazioni affidanti e come tali beneficiari di affidamenti diretti; moduli organizzativi che (per ciò stesso e conseguentemente) vengono ad essere caratterizzati da un limite funzionale nella loro legittimazione, la quale - allora - non può ricomprendere, oltre alle prestazioni in favore dell'ente che li costituisce o vi partecipa, anche qualsivoglia effettuazione di prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati.

Del resto, si può notare che il legislatore dell'art. 13, in fondo, non introduce *ex novo* tale limitazione di legittimazione, ma piuttosto la registra o, se si vuole, la fa emergere dai caratteri propri di un modulo organizzativo interno della Pubblica amministrazione, e per ciò stesso 'organismo (ad essa) dedicato'. Invero, l'esclusione dei servizi pubblici locali dall'ambito applicativo delle norme in oggetto è anche logica, perché se "la remunerazione del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi", tale forma di remunerazione "implica che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione" (così Corte di giustizia CE, 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, al p.to 40).

Sotto altro riguardo, l'esclusione si giustifica anche perché i gestori di servizi pubblici locali rinvengono già nella disciplina specifica ad essi dedicata varie ipotesi di limitazione e prescrizione nella loro attività per quelle volte in cui (se vi fosse l'assenza delle disposte limitazioni o prescrizioni normative) si verificherebbero per essi vantaggi ingiustificati e alterazioni o distorsioni della concorrenza e della parità di condizioni tra i vari operatori [cfr. l'art. 113 del t.u.e.l. ai comma 5°, lett. b) e c); 5-ter; 6°; 10°; 12° e 15-quater].

Anche il comma 2° dell'art. 13 qui considerato conferma la circostanza che le società ricomprese nell'ambito applicativo delle norme così introdotte non sono tutte quelle costituite o partecipate dagli enti territoriali, ma solo quelle 'appositamente' costituite o partecipate per svolgere direttamente (senza gara) e nei loro confronti le prestazioni 'strumentali' e 'funzionali' alla loro attività (quali identificate al momento della costituzione o partecipazione che determinano l'affidamento diretto).

Si stabilisce, infatti, che 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". Al riguardo, si deve notare che le enunciazioni contenute nelle due parti di cui la norma si compone risultano differentemente formulate: nella prima parte ("sono") si esprime piuttosto una condizione delle società descritte nel comma precedente; nella seconda parte della norma ("non possono") si detta un vero e proprio precetto. Cosicché, l'essere "ad oggetto sociale esclusivo" non rappresenta una nuova situazione introdotta nell'ordinamento con il decreto-legge, ma invece la registrazione di una caratteristica che, anche prima, si doveva considerare propria delle società 'strumentali' degli enti territoriali "in funzione della loro attività", e cioè l'essere figure appositamente costituite o partecipate dagli enti territoriali per lo svolgimento di una determinata attività ("oggetto sociale esclusivo"). Ed infatti, nel linguaggio comunitario queste figure vengono denominate 'strutture di gestione interna' e nel linguaggio nazionale 'organi indiretti dell'Amministrazione' o 'moduli organizzativi di gestione diretta', e l'assegnazione senza gara del compito di gestire la prestazione nei confronti dell'Amministrazione pubblica risulta giustificata - nella maggior parte delle ipotesi - dalla circostanza che sussiste il c.d. 'controllo analogo a quello esercitato sui propri apparati' e trova conferma nella non esistenza giuridica di un contratto concluso tra due soggetti distinti (cfr. Corte di giustizia CE, 18 novembre 1999, in causa C-107/98, *Teckal*, ai p.ti 46 e 49).

In conclusione, le limitazioni che l'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006 detta a proposito delle società ivi descritte appaiono coerenti con la natura sostanziale di tali società, la quale permette all'ente territoriale di ricorrere 'direttamente' alle stesse senza sottometerle ad una gara in concorrenza con altri imprenditori.

Si tratta della generale configurabilità delle società di cui trattasi, nonostante la loro veste formale, alla stregua di 'strumenti esecutivi interni' e 'servizi tecnici' dell'Amministrazione ed i cui rapporti con quest'ultima non presentano nella sostanza carattere contrattuale, nel significato che è proprio del 'contratto a titolo oneroso' nel sistema delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici (cfr. Corte di giustizia CE, 19 aprile 2007, in causa C-295/05, *Tragsa*) ma anche in quello del nostro Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE emanato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (cfr. art. 3).

5. Il significato dell'espressione 'società a capitale misto' nell'attuale sistema amministrativo (corrisponde ad un modello tipizzato).

L'identificazione delle società a capitale interamente pubblico quali 'moduli organizzativi pubblicistici' delle Pubbliche amministrazioni è senz'altro agevole, perché - come ora descritto - è connotato al carattere delle figure *in house providing*, cui si riferisce la citata giurisprudenza comunitaria (e v. anche Corte cost. 1 febbraio 2006, n. 29, al p.to 17 delle considerazioni in diritto).

Ma la stessa identificazione può essere rilevata anche per 'quelle' società a capitale misto che sono

parimenti considerate nell'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006, quando esse svolgono il tipo di attività ivi descritto e più volte richiamato.

Si tratta delle società previste dagli artt. 116 e 120 del t.u.e.l. così come dagli artt. 1, comma 2° e soprattutto 32, comma 3° del Codice dei contratti pubblici. In tutte le fattispecie normative ora ricordate, ci si trova di fronte a società 'appositamente' o 'specificamente' costituite per la realizzazione di un 'determinato' intervento o per la conduzione di un 'determinato' servizio.

Tali 'società miste' sono caratterizzate dall'essere destinatarie, senza gara, dell'affidamento di una attività, che - nella sostanza - si deve però ritenere affidata al partner privato scelto con gara, il quale risulta perciò il 'socio operativo' o 'industriale' (come contrapposto al 'socio finanziario'). Questo modello è illustrato con molta chiarezza in un importante e assai raffinato parere del Consiglio di Stato (sez. II, 18 aprile 2007, n. 456/07), nel quale si sottolinea pure che una siffatta società mista non può "svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico" (p.to 8.1) e ciò perché essa altro non è che una "modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al 'socio operativo' della società" (p.to 8.3). Se quanto ora segnalato si coniuga con la circostanza che la società mista presenta una "definitezza di oggetto" (ancora il parere cit. al p.to 8.2) "in vista proprio della realizzazione dell'opera pubblica o del servizio", a proposito dei quali - nelle procedure costitutive delle società e di scelta del socio privato - si deve avere "menzione delle caratteristiche dell'opera e del servizio" (p.to 8.4), si trova allora conferma che siffatte società miste sono caratterizzate dall'essere 'appositamente' costituite, risultando così destinate ad operare (solo) per quella specifica attività in vista della quale sono state concepite; esse presentano, cioè, un "oggetto sociale esclusivo" (cfr. comma 2° dell'art. 13, già sopra illustrato). Anche il fatto che il rapporto di partenariato sia limitato nel tempo, "prevedendo allo scadere una nuova gara" è coerente con la rilevata circostanza che l'affidamento diretto riguarda una "società mista che sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati", da rendere a favore dell'autorità pubblica che procede alla relativa costituzione (ancora il parere cit. al p.to 8.3). Essendo quello appena descritto il carattere generale delle 'società miste', tipizzate sia dalla genesi costitutiva che dalla specifica missione loro affidata, ben si può comprendere che esse - al pari delle società *in house providing* - non possano svolgere attività per soggetti diversi dagli enti territoriali che le hanno volute e che, all'uopo, hanno proceduto alla selezione concorsuale del socio privato: risultando quest'ultimo il soggetto operativo ed essendo solo esso scelto con gara, la 'società mista' finisce per essere solo un "soggetto interposto" (così ancora il p.to 8.4 del parere cit.) e cioè niente altro che una "modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento" di cui è destinatario reale il 'socio privato operativo' selezionato con la gara.

Pertanto, fermo restando che il socio privato conserva la sua posizione di normale imprenditore e dunque potrà (a titolo proprio e con le proprie risorse) operare sul mercato anche al di fuori della società mista (ovviamente senza utilizzare le risorse di quest'ultima), e fermo altresì che l'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006 non si applica - come già detto - alle società costituite per i servizi pubblici locali [cfr. art. 113, comma 5°, lett. b) del t.u.e.l.], appare ragionevole e giustificato che le norme qui considerate pongano, non solo per le società 'a capitale interamente pubblico' ma anche per quelle 'a capitale misto' (nel significato sopra descritto), un divieto di operare a favore di altri soggetti pubblici o privati e di partecipare ad altre società o enti.

Per chiarezza, si ripete che non rientrano nel concetto di 'società mista' quelle ipotesi, non tipizzate da una norma di legge (v. ad es. gli artt. 116 e 120 del t.u.e.l.; artt. 1, comma 2° e 32, comma 3° del Codice dei contratti pubblici), nelle quali si ha in programma lo svolgimento di una serie indefinita di attività sulla base di un ampio oggetto sociale e non solamente l'esplicazione di uno 'specifico' e 'determinato' intervento o servizio. Per tali società, che non si diranno 'miste' (ma più semplicemente 'a partecipazione pubblica e privata'), sarà necessario sottomettersi a gara per ogni affidamento pubblico cui aspirano, ma per ciò stesso ad esse non saranno applicabili le norme limitatrici dettate dall'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006 per le società 'strumentali', ovvero 'funzionali', che dir si voglia, appositamente costituite per una determinata missione assegnata già con la delibera dell'Amministrazione territoriale che ha deciso la costituzione o partecipazione alla società.

6. Le ragioni delle limitazioni disposte dal legislatore nei confronti delle società appositamente costituite o partecipate quali moduli di gestione diretta. La specifica questione delle società partecipate da altre società.

Tutte le volte in cui non sussistono le speciali prerogative che si traducono nell'affidamento diretto della produzione di beni o servizi in favore delle Amministrazioni pubbliche regionali e locali che hanno 'appositamente' costituito le società a capitale interamente pubblico o misto, non hanno motivo di essere le sopradescritte limitazioni disposte dall'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006.

Viene così meno un serio elemento di incostituzionalità che si registrerebbe qualora le norme

ricomprensessero nel proprio ambito applicativo tutte le società costituite o partecipate dalle Amministrazioni regionali e locali, per il solo fatto di essere tali indipendentemente dall'attività svolta e dal regime giuridico cui sono sottoposte.

L'indice dell'adeguata differenziazione di trattamento tra situazioni diverse è fornito dall'esplicita esclusione non solo delle società costituite o partecipate che producono servizi pubblici locali ma anche di quelle che svolgono l'attività di "intermediazione finanziaria" (art. 13, comma 1°, ultimo periodo). Sulla prima categoria ci si è già soffermati. A proposito della seconda si può notare che la sottoposizione al testo unico di cui al d.lgs. n. 385 del 1993, con i connessi obblighi di trasparenza e di svolgimento delle attività in modo conforme a regole stabilite uniformemente a livello nazionale e valide indistintamente per tutti gli operatori, è indice della circostanza che tali società non sono destinatarie di regimi derogatori, propri dei moduli organizzativi diretti e sostanzialmente pubblicistici degli enti territoriali, e per questo esse sono espressamente dichiarate estranee all'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione dell'art 13 del decreto-legge n. 223 del 2006.

Cosicché si può concludere che il comma 1° dell'articolo in commento determina anzitutto l'esclusione esplicita di quelle società che sono sottoposte ad elementi di rischio, vuoi perché non ricevono dall'Amministrazione pubblica la remunerazione delle loro prestazioni (il che è tipico dei servizi pubblici), vuoi perché soggette ad un regime di trasparenza e di vigilanza stabilito e regolato a livello nazionale (il che è tipico delle società di intermediazione finanziaria).

Questa dichiarata scelta del legislatore consente però di ritenere che sono - implicitamente ma altrettanto inequivocabilmente - escluse dall'ambito di applicazione delle norme tutte quelle società (e dunque anche le loro partecipate) che non possono, per le loro caratteristiche, essere destinatarie di affidamenti diretti e che sono pertanto ormai consegnate al mercato e sottoposte alla concorrenza, come ad esempio si può dire per le società ora quotate in borsa, seppure partecipate dagli enti locali ed indipendentemente dal fatto che - nel passato e prima della trasformazione in società - rivestissero la natura di aziende speciali degli enti locali. Se una determinata figura soggettiva è 'transitata' in un regime che la parifica a qualsivoglia società di capitali, perdendo così i caratteri del modulo di gestione diretta, si è di certo al di fuori del novero degli 'apparati pubblici' in senso sostanziale con la conseguente non accettabilità di limitazioni al loro operato.

Risulta poi logico ritenere che le società eventualmente partecipate dalle società che operano nel settore dei servizi pubblici locali (e come tali sottratte espressamente dall'ambito applicativo dell'art. 13) rappresentano strutture da ritenersi legittimate ad operare anche in settori differenti e senza che vengano in questione i divieti stabiliti dalle norme in commento. Lo stesso si deve dire, a maggior ragione, per le società partecipate da quelle di intermediazione finanziaria. Tutte le società così partecipate operano, infatti, nel 'cono organizzativo' di una società che il legislatore - conformemente alla visione del giudice comunitario - ha ravvisato come esposta al rischio di impresa; pertanto, dette società partecipate non sono altro che una forma di iniziativa economica partecipativa messa in campo per migliorare la redditività complessiva e le dinamiche industriali del gruppo. Le stesse non possono, del resto, essere destinatarie di affidamenti diretti, visto che per esse non è configurabile né il modello *in house providing* né quello della 'società mista' appositamente costituita dall'ente territoriale.

Né si può dire che la sola partecipazione societaria delle Amministrazioni pubbliche regionali e locali (tanto più se essa è indiretta) sia tale da modificare il rischio di impresa. Infatti, il nostro ordinamento civile non conosce il modello della 'società pubblica' ma sottopone tutte le figure societarie al medesimo regime giuridico indipendentemente dalle partecipazioni che le compongono.

A quest'ultimo riguardo, il discorso potrebbe essere diverso per le società istituite in base ad una legge speciale (nei casi qui rilevanti, una legge regionale). Ma allora si dovrebbe verificare se nella legge sono contenute disposizioni derogatorie del diritto comune e tali da far ritenere che ci si trovi - in realtà - di fronte ad un ente pubblico in forma di società. Anche qui si dovrebbe però trattare - per predicare l'applicazione delle norme limitatrici in commento - di una figura che si sottrae al sistema delle gare e della normale competizione nel mercato, operando, invece ed anzitutto, con affidamenti diretti "per la produzione di beni o servizi strumentali" agli enti che hanno costituito o partecipano alla figura "in funzione della ... attività" di tali enti.

Per tutte queste ragioni, non è condivisibile l'interpretazione dell'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006 assunta dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici con la propria deliberazione n. 135 del 9 maggio 2007. Vi si sostiene enfaticamente che una "società partecipata da una società ... che è a sua volta indirettamente partecipata da Enti locali non può concorrere, ai sensi dell'articolo 13, comma 1 della legge n. 248/2006, agli appalti banditi da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale".

La posizione è, anzitutto, errata con riferimento alla situazione che si presentava nei fatti: la società che ambiva a concorrere ad una gara per appalto pubblico era partecipata da una società che, oltre ad essere quotata in borsa, operava nel settore dei servizi pubblici locali e questa seconda era indirettamente

partecipata dagli enti locali ma tramite una società che era, oltretutto, iscritta all'albo degli intermediari finanziari di cui al citato d.lgs. n. 385 del 1993. Concorrevano dunque tutta una serie di ragioni che dovevano indurre a ritenere la società 'a valle' non sottoposta alle limitazioni e divieti stabiliti nell'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006.

Né si può dire, come invece pretende di sostenere l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che la partecipazione al capitale della società da parte di un'Amministrazione determina meccanismi potenzialmente in contrasto con il principio della *par condicio* dei concorrenti. La sottoscrizione di capitale non è di per sé un aiuto di Stato o una sovvenzione pubblica; non si può cioè confondere l'eventuale momento patologico (che può, del resto, verificarsi anche rispetto a società detenute da privati) con il normale essere ed operare di una società a partecipazione pubblica ma priva di privilegi o trattamenti differenziati.

Si deve poi aggiungere che se la lettura fornita dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici fosse quella esatta, si dovrebbe allora conseguentemente ritenere che le norme qui considerate sono incostituzionali. E certamente lo sarebbe il comma 1°, qualora esso dovesse necessariamente essere letto nel senso della sottoposizione di ogni società partecipata dalle Amministrazioni regionali e locali al medesimo regime limitativo; e ciò non solo per violazione dei principi di ragionevolezza ed eguaglianza sostanziale, ma anche per mancanza di giustificazione e proporzionalità delle misure che incidono sull'organizzazione amministrativa regionale e locale. L'incostituzionalità sarebbe causata dalla sottoposizione alle nuove restrizioni di legge anche di quelle società che non godono di privilegi e che operano, invece, in parità di condizioni con le altre imprese, con una conseguente palese sproporzione delle misure adottate rispetto al fine dichiarato, dovendosi altresì ritenere che quest'ultimo (la tutela della concorrenza) è meglio assicurato da una più ampia partecipazione delle imprese al mercato, cosicché risulterebbe anche contraddittorio escluderne alcune per il solo fatto della partecipazione pubblica regionale e locale. L'esclusione sarebbe (ed è) coerente con la tutela della concorrenza solo se ci si trova di fronte a figure che rappresentano 'moduli organizzativi diretti' delle Pubbliche amministrazioni e che, in quanto tali, possono ottenere nuovi affidamenti diretti di prestazioni da parte delle Amministrazioni medesime.

Ed infatti si può ricordare che la giurisprudenza amministrativa, fino ad ora intervenuta in sede non meramente cautelare, ha sempre letto la fattispecie normativa di cui all'art. 13, comma 1° del decreto-legge n. 223 del 2006 come relativa a quelle società partecipate che presentano un carattere 'strumentale', e dunque con attività rivolte alla Pubblica amministrazione che le ha costituite nonché destinatarie di affidamenti diretti da parte della medesima (cfr. TAR Piemonte, sez. II, 23 gennaio 2007, n. 2539; TAR Lombardia, sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140; TAR Lazio, sez. I-ter, 20 febbraio 2007, n. 1486; TAR Lazio, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192).

7. Ulteriori argomenti che smentiscono un'interpretazione enfatica delle norme in oggetto.

L'insistita finalità delle norme introdotte con l'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006 è quella della tutela della concorrenza. Come tale si tratta di una finalità non contestabile ed idonea ad imporsi - con modalità proporzionate - anche rispetto all'autonomia organizzativa delle regioni e degli enti locali. Infatti, la stessa autonomia organizzativa degli enti territoriali non si può tradurre in forme che finiscano per comportare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato violando la parità degli operatori. L'esigenza ora rappresentata viene ben spiegata in due documenti di fonte autorevole. Nella risoluzione 14 gennaio 2004 del Parlamento europeo concernente il "Libro verde sui servizi di interesse generale [COM (2003) 270-2003/2152(INI)]", al punto 35. si formula l'auspicio che, "in ossequio al principio di sussidiarietà, venga riconosciuto il diritto degli enti locali e regionali di 'autoprodurre' in modo autonomo servizi di interesse generale a condizione che l'operatore addetto alla gestione diretta non eserciti una concorrenza al di fuori del territorio interessato". Il richiamo alla forma *in house providing*, ed al limite funzionale che può dirsi proprio di esse, appare evidente e confermato dalle stesse precisazioni che fanno seguito al brano ora riportato: [il Parlamento europeo] "chiede ... che le autorità locali vengano autorizzate ad affidare i servizi a entità esterne senza procedure d'appalto qualora la loro supervisione sia analoga a quella esercitata da esse sui propri servizi". Nella più recente risoluzione 26 ottobre 2006 del Parlamento europeo sui "Partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni [2006/2043 (INI)]", dopo aver sottolineato che deve essere attentamente considerato e dunque distinto il caso in cui le "società di economia mista eseguono prestazioni, per conto e nel contesto di compiti della autorità pubblica organizzatrice, che sono principalmente finanziate o garantite da quest'ultima" (p.to 41.), si enunciano due importanti asseriti. Si "respinge l'applicazione della legislazione in materia di appalti nei casi in cui gli enti locali intendono svolgere compiti nel loro territorio assieme ad altri enti locali nell'ambito di una riorganizzazione amministrativa, senza offrire a terzi operanti sul mercato la fornitura dei servizi in questione" (p.to 46.) e si "ritiene tuttavia necessaria l'applicazione della normativa sugli appalti quando gli enti locali offrono

prestazioni sul mercato alla stregua di un'impresa privata nel contesto della cooperazione tra enti locali o fanno eseguire compiti pubblici da imprese private o da altri enti locali" (p.to 48.).

Quanto segnalato a livello comunitario trova riscontro in una non recente ma assai significativa decisione del massimo giudice amministrativo nazionale. Si tratta di Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, ove - delineando esattamente i caratteri dei vari istituti giuridici nella materia che, oggi, è considerata dalle norme che qui si commentano - si afferma: "L'organizzazione autonoma delle pubbliche amministrazioni rappresenta un modello distinto ed alternativo rispetto all'accesso al mercato // ... // La tutela comunitaria del mercato non interferisce sino a disconoscere ai singoli apparati istituzionali ogni margine di autonomia organizzativa nell'approntare la produzione e l'offerta dei servizi e delle prestazioni di rispettiva competenza. Pertanto non si spinge sino a giustificare un sindacato sulle scelte legislative o amministrative che consentano ai pubblici poteri, nel produrre ed offrire servizi o beni, di optare per schemi di coordinamento e formule organizzatorie, teoricamente alternative rispetto all'acquisizione delle prestazioni destinate alla collettività per il tramite del mercato. // ... // Se la costituzione di un soggetto dedicato è idonea a garantire economie di scala, riduzione dei costi o razionalizzazione del bacino di utenza, l'opzione dell'ente locale non potrebbe esporsi ad alcuna censura solo perché escludente il ricorso al confronto competitivo. // Il ricorso alla produzione privata, disciplinato da regole di salvaguardia della concorrenza e l'esercizio del potere di organizzazione, sottratto ai vincoli concorsuali o concorrenziali validi per il ricorso al mercato, costituiscono due schemi distinti che vanno preservati da ogni equivoca commistione".

E difatti, l'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006 non impedisce alle Amministrazioni regionali e locali di dare vita o partecipare ad 'organismi dedicati', come le società *in house* o le società miste appositamente costituite. Le norme qui considerate sanciscono però che siffatte figure non possono assumere una duplice veste operando, oltre che per le Amministrazioni di riferimento, anche per altri soggetti pubblici o privati. Così stabilendo, il legislatore, preso atto che l'organismo dedicato e l'impresa che opera senza privilegi "costituiscono due schemi distinti" (cfr. la decisione del Consiglio di Stato appena citata), ha dettato norme per preservarle "da ogni equivoca commistione" (cfr. ancora Cons. Stato).

La scelta legislativa risulta, pertanto, ragionevole e proporzionata, posto che - come ricordato sopra - nell'art. 13 del decreto-legge non rientrano le società partecipate che operano per i servizi pubblici locali e le società che svolgono attività di intermediazione finanziaria così come quelle società che sono, in generale, sottoposte al regime di diritto comune e non godono più di privilegi nell'assegnazione degli affidamenti pubblici.

L'esclusione dall'ambito applicativo delle nuove norme è esplicita per le prime due tra le categorie ora menzionate, mentre per la terza categoria si deve ritenere implicita ma altrettanto inequivocabile. Si deve, infatti, ritenere che ove ci si spingesse oltre, per un'applicazione più restrittiva delle nuove norme, non si potrebbe più rinvenire la giustificazione delle limitazioni disposte dal legislatore statale a fenomeni che sono pur sempre espressione della autonomia e della libertà di iniziativa delle Amministrazioni regionali e locali.

Peraltro, è possibile aggiungere che le Regioni e le Province autonome, in forza della loro potestà legislativa, potranno adeguare ai rispettivi ordinamenti la disciplina introdotta con le norme qui considerate, fermi i principi ivi espressi così come i principi comunitari. Questo potere legislativo di adeguamento, che non significa affatto disapplicazione o disconoscimento delle norme statali, non può essere seriamente negato, considerando che la peculiare natura delle società 'strumentali' c.d. *in house providing* e 'miste' (nell'accezione che è stata illustrata nel paragrafo 5.) le iscrive certamente nell'ambito dello 'ordinamento e organizzazione amministrativa della Regione e degli enti pubblici regionali'. Fino all'adozione di tali norme di leggi regionali adeguatrici si dovrà fare esclusivo riferimento ai precetti stabiliti nell'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006.

8. (segue): nella giurisprudenza amministrativa e comunitaria sui modelli societari a partecipazione pubblica.

Per concludere l'inquadramento, e tornando ai profili generali, non è fuori luogo ricordare che sia la giurisprudenza comunitaria che quella nazionale hanno ritenuto possibile per una 'impresa pubblica' di partecipare a gare per assegnazioni presso soggetti differenti dalle Amministrazioni di riferimento e dunque, si deve conseguentemente ritenere, di operare anche sul mercato quando del tutto liberalizzato. Per l'importanza che la giurisprudenza comunitaria ed amministrativa rivestono circa il profilo ora considerato conviene riportarne integralmente alcune statuizioni.

La Corte di giustizia CE, 7 dicembre 2000, in causa C-94/99, *Arge Gewässerschutz*, ha affermato che il principio della parità di trattamento degli offerenti "non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni,

indipendentemente dalla loro natura che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni" (p.to 32). Nella medesima decisione il giudice comunitario esclude altresì che una situazione come quella appena ricordata costituisca "una discriminazione dissimulata" ovvero "una restrizione incompatibile con l'art. 59 del Trattato" (p.to 38).

Il Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196 ha sottolineato che "... come rilevato dalla Sezione nella già citata decisione n. 6325/2004, che il Collegio pienamente condivide, il Trattato di Roma (art. 86) e la direttiva 92/50/CEE, art. 1, lett. c), prevedono che le Società pubbliche possano agire in regime di parità di trattamento con le imprese private e che tra i prestatori di servizi sono inclusi i soggetti pubblici che forniscono servizi; con il che è esclusa ogni limitazione alla facoltà dei soggetti pubblici fornitori di servizi di partecipare alle gare pubbliche". La decisione prosegue precisando: "Sul punto giova anche rammentare la pronuncia della Corte di Giustizia secondo cui gli organismi che beneficiano di sovvenzioni (anche in forma di sottoscrizione del capitale) sono ammessi al confronto concorrenziale secondo le regole comunitarie senza che vi sia alterazione della regola della parità di trattamento".

Se si dimenticassero gli enunciati di questa giurisprudenza si finirebbe per cadere in una insanabile contraddizione perché allora, volendo estendere l'applicazione delle norme in oggetto a società che non sono né *in house* né 'miste' appositamente costituite, si condannerebbero le restanti società partecipate dagli enti territoriali alla paralisi: esse non potrebbero né ottenere affidamenti diretti dagli enti di riferimento (perché non rispondono ai due tipi ora richiamati) né operare sul mercato per altri soggetti pubblici o privati.

9. Il divieto di partecipare "ad altre società o enti" e la disciplina transitoria stabilita nell'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006.

Rimane da esaminare il divieto che l'art. 13, comma 1° del decreto-legge n. 223 del 2006 pone a proposito della partecipazione "ad altre società o enti" per le società che rientrano nell'ambito applicativo dell'articolo.

Il divieto è sancito per impedire che, attraverso la partecipazione ad un soggetto di secondo grado, si possa eludere il divieto principale e cioè quello di "svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati", vuoi in base ad affidamento diretto vuoi a seguito di gara.

Come tale, il divieto può essere accettato anche perché evita la proliferazione di società, con i conseguenti costi aggiuntivi.

Peraltro, si può notare che il divieto di partecipare a società da parte di una società 'strumentale' non è affatto presente nel nostro ordinamento generale, che - anzi - individua la 'società separata' come soluzione che rende compatibile lo svolgimento di attività in due ambiti differenti (nel nostro caso, quello delle attività 'strumentali' per le Amministrazioni pubbliche di riferimento e quello delle attività per altri soggetti pubblici o privati).

Ci si riferisce alle disposizioni di cui all'art. 8, comma 2-bis e seguenti della legge *antitrust* 10 ottobre 1990, n. 287, disposizioni che risultano assai poco note e che, pertanto, è opportuno riportare integralmente assieme a quelle iniziali che ne sono il presupposto. Ebbene l'art. 8 della legge *antitrust* così recita: "1. Le disposizioni contenute nei precedenti articoli si applicano sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale. // 2. Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati. // 2-bis. Le imprese di cui al comma 2, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del medesimo comma 2, operano mediante società separate. // 2-ter. La costituzione di società e l'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi di cui al comma 2-bis sono soggette a preventiva comunicazione all'Autorità. // 2-quater. Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora le imprese di cui al comma 2 rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati diversi di cui al comma 2-bis beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte ai sensi del medesimo comma 2, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti. // 2-quinquies. Nei casi di cui ai commi 2-bis, 2-ter e 2-quater, l'Autorità esercita i poteri di cui all'articolo 14. Nei casi di accertata infrazione agli articoli 2 e 3, le imprese sono soggette alle disposizioni e alle sanzioni di cui all'articolo 15. // 2-sexies. In caso di violazione degli obblighi di comunicazione di cui al comma 2-ter, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino a lire 100 milioni".

Dunque, poiché l'ordinamento generale permetterebbe l'azione tramite società separate, il divieto che viene considerato in questo paragrafo potrebbe risultare forse eccessivo e non proporzionato; soprattutto

perché anche nel diritto comunitario la separazione societaria, ma pure quella semplicemente contabile, sono di solito considerate come misure sufficienti per garantire la trasparenza e la tutela della concorrenza.

Senonché si può rilevare che il dubbio di costituzionalità non sussiste in ragione della peculiare disciplina transitoria stabilita nel comma 3° come modificato con la legge finanziaria 2007. Tale norma, nella versione conseguente alla conversione in legge del decreto, recitava: "Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro dodici 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 da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori diciotto mesi. 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".

L'art. 1, comma 720° della legge finanziaria ha soppresso dopo le parole "ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società" quanto ad essa seguiva: "da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori diciotto mesi".

E' dunque evidente che la società separata non deve più essere obbligatoriamente dismessa, come - invece - si stabiliva in precedenza.

La nuova previsione è rispettosa dei principi di affidamento, buona fede e ragionevolezza perché da essa si ricava che tutte le nuove attività o iniziative e prima ancora le nuove società 'strumentali' ricadono interamente nei divieti stabiliti dall'art. 13, mentre le società esistenti - ovviamente con limitazione agli oggetti sociali già presenti alla data di entrata in vigore delle norme qui considerate - possono continuare ad operare anche con altri soggetti pubblici o privati, tramite apposita società separata e dunque secondo lo schema generale dell'art. 8, comma 2-*bis* della legge n. 287 del 1990.

Si tratta di una disciplina transitoria, con valenza limitata alle società 'strumentali' già esistenti alla data di entrata in vigore della legge, che rende ragionevole e giustificato - in ragione del temperamento previsto - un intervento legislativo dello Stato che altrimenti potrebbe dirsi eccessivo rispetto all'autonomia regionale e locale.

La disciplina transitoria è poi completata dal successivo comma 4°: "I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data".

Come si può notare, le norme oggetto di queste note - al di là della loro formulazione non certo perspicua - possono, in definitiva, essere valutate favorevolmente perché apportano chiarezza in un settore peculiare, senza però pretendere di stabilire precetti (almeno questa è la doverosa interpretazione) per qualsivoglia ipotesi di società partecipata dalle Amministrazioni pubbliche regionali e locali e senza dimenticare un adeguato regime transitorio a tutela dei principi di affidamento, buona fede e ragionevolezza per quanto attiene alle società ed iniziative esistenti alla data di entrata in vigore della nuova disciplina.

Rimane, peraltro, aperto il dubbio sul regime sostanzialmente discriminatorio introdotto nei confronti delle sole Amministrazioni regionali e locali. Infatti, l'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006 non si applica alle Amministrazioni dello Stato ed agli enti nazionali e neppure alle società europee o estere costituite o partecipate da enti pubblici (si tratta, in tutti i casi ora indicati, di ipotesi non menzionate nelle norme che sono state prese in esame in questo scritto). Deve così essere auspicato un sollecito intervento del legislatore statale, per porre rimedio a tale disparità di trattamento, e non è affatto escluso che vi si possa provvedere con la legge finanziaria 2008.

(pubblicato l'11.10.2007)