

La V Sezione è chiamata a delineare l'ammissibilità o meno della partecipazione delle società miste, costituite da enti locali per la gestione di servizi pubblici all'interno del territorio di riferimento, alle gare indette da altre amministrazioni.

Il regime delle norme e dei principi che regolano l'attività delle società miste regionali e locali è enunciato dall'art. 13, [d.l. n. 223/2006](#) (cd Bersani), sostituito dalla [legge di conversione n. 248/2006](#), novellato dall'art. 1, co. 720, della [l. n. 296/2006](#), in vigore dal 1 gennaio 2007, rubricato - *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza* – che così dispone:

"1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti.

2. Le predette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1 ...omissis..."

Il Consesso ritiene che, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 13 del decreto legge Bersani, **le società miste, costituite da enti locali per la gestione di servizi pubblici all'interno del territorio di riferimento, non possono più partecipare a gare di appalto indette da altre Amministrazioni.**

E', pertanto, illegittima l'aggiudicazione della gara in favore di una società mista costituita da diverso Comune, stante la vigenza del divieto in questione.

I Giudici, inoltre, richiamano la recente pronuncia dell'[Adunanza plenaria n. 1/2008](#), secondo cui, in particolare, il divieto sancito dall' art. 13 del dl Bersani rafforza la regola dell'esclusività evitando che, dopo l'affidamento del servizio pubblico, la società possa andare ad occuparsi di altro.

Il divieto *rimarca la differenza tra concorrenza «per» il mercato e concorrenza «nel» mercato disvelando le sue plurime rationes essendi: tutela dell'imprenditoria privata e della leale concorrenza, repressione della greppia partitica e burocratica.*

Invero, la Sezione V aggiunge che, nel sistema normativo anteriore alla [L. n. 166/02](#) (c.d. Merloni *quater* che aveva abrogato l'art. 2, co. 5 bis, [l. 109/94](#)), si doveva ritenere che né il TUEL, né l'art. 2, co. 5 bis, [l. n. 109/1994](#), nel testo introdotto dalla l. n. 415 del 1998 (c.d. Merloni *ter*), precludessero *ex se* agli enti aggiudicatori, e, segnatamente, alle società miste costituite dagli enti locali, di operare sul mercato in veste di esecutori di lavori pubblici per conto di stazioni appaltanti terze.

Nell'attuale quadro normativo, tuttavia, l'art. 13 dl Bersani - attuando l'art. 41 Cost. in relazione ai principi comunitari sulla tutela della concorrenza, sul divieto di aiuti di Stato e sul principio di sussidiarietà - esprime un precetto di ordine pubblico economico che si impone inderogabilmente a tutte le stazioni appaltanti, tenute ad applicarlo quale che sia la fase del procedimento (valutazione dell'ammissibilità delle offerte, aggiudicazione provvisoria o definitiva, approvazione, stipula del contratto).

E' evidente, pertanto, che nel caso di specie la stazione appaltante non avrebbe dovuto procedere all'aggiudicazione della gara.