

PROFILI PROBLEMATICI DELL'ART 13 DEL D.L. 4 LUGLIO 2006 N° 233 IN TEMA DI AFFIDAMENTI *IN HOUSE*

Dott. Luca Manassero*

In G.U. 4 luglio 2006, n° 153, è stato pubblicato il D.L. 4 luglio 2006, n° 233, recante “Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all’evasione fiscale.”

Si tratta del decreto meglio noto come pacchetto “cittadino consumatore”, approvato nel Consiglio dei Ministri del 30 giugno 2006 ed il cui obiettivo è eliminare alcune rigidità presenti nel sistema economico nazionale, introducendo un maggiore tasso di concorrenza e liberalizzazione, così da avvantaggiare il consumatore, che dovrebbe trarre benefici dal conseguente ribasso dei prezzi e delle tariffe.

L’art. 13 del decreto, recante “Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza” si occupa degli affidamenti con il sistema dell’*in house providing*; di rilievo, per il settore delle *public utilities*, anche l’art. 15, in materia di “Disposizione sulla gestione del servizio idrico integrato” (in proposito, si osserva che, mentre il titolo riguarda il servizio idrico integrato, le norme citate - commi 15 e 15 bis dell’art. 113 del D.Lgs. n° 267/00 - concernono l’intero settore del c.d. servizi pubblici locali aventi rilevanza economica).

In questa sede si intende focalizzare l’attenzione, in via di primissimo approccio, sul portato dell’art. 13, la cui formulazione letterale ha generato qualche iniziale equivoco. Si riporta qui di seguito, per comodità di lettura, il testo dell’art. 13, evidenziando i punti di maggiore rilievo:

“Art. 13. Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza

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** dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali **per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali enti**, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per

lo **svolgimento esternalizzato di funzioni** amministrative di loro competenza, debbono operare esclusivamente con gli **enti costituenti ed 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**.

2. Le predette società **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 dodici mesi** dalla data di entrata in vigore del presente decreto **le attività non consentite**. A tale fine possono cedere 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 dodici mesi.

4. I contratti conclusi in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli."

1) L'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 13 : appalti pubblici di servizi *in house*.

Un primo interrogativo sorge riguardo all'ambito oggettivo di applicazione della norma che, dal tenore complessivo, è sembrata a taluni volta ad impedire l'azione extraterritoriale delle società c.d. *in house*¹ deputate alla gestione di servizi pubblici locali².

Di converso altri, con una lettura più aderente alla lettera della disposizione, ne hanno limitato la portata ai c.d. appalti *in house*³ e non ai servizi pubblici locali in senso proprio che, come ripetutamente annunciato dal Governo, saranno oggetto di un disegno di legge delega di portata più ampia su proposta del Ministro per gli Affari Regionali Linda Lanzillotta.

¹ In questa sede - per motivi di brevità - si evita qualsiasi ricostruzione o commento riguardo alla figura dell'*in house*, limitandosi a richiamare l'art. 113, comma 5°, lettera c) del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che, per i servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, legittima il "*conferimento della titolarità del servizio: ... c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*".

² Giuseppe Rambaudi, "Affidamenti in house col contagocce", Italia Oggi 7 luglio 2006.

³ Vale a dire, semplificando, contratti in cui l'ente pubblico commissiona alla propria società un lavoro, un servizio od una fornitura, il cui corrispettivo è direttamente a carico dell'ente locale. Occorre al riguardo tener presente che la stessa nozione di *in house providing* è stata elaborata dalla Corte di Giustizia UE proprio in un caso relativo ad un appalto pubblico (sentenza 18 novembre 1999, in Causa C-107/98, Teckal)

Il riferimento alle società costituite per la *“..produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza..”* sembra in effetti circoscrivere l'ambito oggettivo di incidenza della norma agli appalti *in house*; in particolare, la nozione di strumentalità all'attività delle amministrazioni pubbliche costituenti sembrerebbe, infatti differenziare *ictu oculi* l'ipotesi in parola dalla definizione che dei servizi pubblici locali fornisce l'art. 112, comma primo, del D.Lgs n° 267/00, quali servizi pubblici *“che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*⁴.

Si aggiunga, per di più, che nel settore dei servizi pubblici locali l'Ente Locale ha ormai assunto un ruolo di mero regolatore di attività gestite da terzi ⁵, che quindi non costituiscono *“servizi strumentali all'attività”* degli Enti.

In tal senso sembra deporre lo stesso titolo della norma, che rivela l'intenzione di incidere sulle spese direttamente sostenute dagli apparati pubblici a favore delle proprie società per la fornitura di beni e servizi *in house*.

Qualche motivo di confusione può averlo provocato il contenuto del documento predisposto dal Ministero per lo Sviluppo Economico e diffuso dalla Presidenza del Consiglio in contemporanea lo stesso 30 giugno u.s., intitolato *“cittadino consumatore - nuove norme sulla concorrenza e i diritti dei consumatori”*, nel quale si evince -pur nella parte dedicata al disegno di legge delega - un preciso obiettivo del Governo in tal senso.

Nel documento si legge, infatti, (pag. 21, Riforma dei servizi pubblici locali, 4° capoverso) che *“non potranno acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quelli di appartenenza, le aziende municipalizzate che operano con affidamento*

⁴ La differenza, in sostanza, sembrerebbe ricalcare quella intercorrente tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi pubblici, ben nota al diritto comunitario e sulla quale, sempre per motivi di sintesi, si evita di soffermarsi, bastando dire che, nel primo caso, l'appaltatore riceve il proprio corrispettivo dall'amministrazione affidante, mentre il concessionario gestisce, a proprio rischio economico, un servizio pubblico ricevendo il proprio corrispettivo direttamente dagli utenti tramite la tariffa.

⁵ Secondo l'art. 113, comma quinto, del D.Lgs. 18.8.2000 n° 267, l'erogazione del servizio avviene *“...con conferimento della titolarità del servizio”* ai soggetti ivi indicati (privati, società miste, società in house).

diretto e le imprese partecipate da enti locali che usufruiscano di sussidi pubblici diretti od indiretti,...omissis”.

Al di là della terminologia volutamente atecnica ⁶ in quanto destinata ad un vasto pubblico, tale indicazione può aver indotto, in prima lettura, a ritenere che anche l’art. 13 del decreto potesse interessare in qualche modo il sistema dei servizi pubblici locali che, per vero, sotto il profilo dello sviluppo della concorrenza, rappresenta un mercato ben più significativo (specie se ha riguardo agli effetti indiretti della liberalizzazione sui cittadini - consumatori) di quello dei meri appalti *in house*.

In verità, anche nel campo degli appalti *in house* si registrano casi di costituzione da parte degli Enti Locali di società di scopo che, successivamente⁷, hanno offerto le proprie prestazioni ad altri soggetti, pubblici o privati⁸; non va, però, sottaciuto, come nella gran parte dei casi si sia trattato di esternalizzazioni da un lato espressamente incoraggiate dallo stesso legislatore⁹ e, dall’altro, necessitate da una serie di provvedimenti in materia di finanza pubblica ¹⁰.

In definitiva: una serie di elementi testuali e di interpretazione sistematica dell’art. 13 in argomento esclude i servizi pubblici locali in senso proprio dall’ambito di applicazione della norma, di efficacia quindi circoscritta ai c.d. appalti *in house*.

⁶ La figura giuridica delle Aziende Municipalizzate in senso tecnico, ossia le “aziende speciali” già disciplinate dall’art. 2 del R.D. 15 ottobre 1925 n° 2578 (TU delle leggi sull’assunzione diretta dei servizi pubblici da parte dei Comuni e delle Province) è ormai scomparsa sin dai primi anni ‘90”, ossia dall’adeguamento dell’ordinamento di tali aziende alle disposizioni degli artt. 22 e seguenti della Legge 8.6.1990 n° 142.

⁷ In una logica imprenditoriale del resto corretta, tesa a ricercare economie di scopo e di scala, com’è nella natura delle società di capitali.

⁸ E’ il caso delle società di *global service* immobiliare, delle società che erogano servizi di consulenza, o assistenza ai rispettivi enti, delle società di progettazione, di servizi finanziari od informatici.

⁹ Si veda l’art. 29 della L. n° 448 del 28.12.2001 (legge finanziaria 2002), che dava alle pubbliche amministrazioni la facoltà di ricorrere allo strumento dell’esternalizzazione anche in deroga alle vigenti disposizioni in tema di contratti e contabilità pubblica;

¹⁰ Si allude, ovviamente, a tutte le disposizioni in materia di rispetto del vincolo del c.d. Patto di Stabilità interno.

2) I limiti alle prestazioni *in house* e le implicazioni derivanti dalla sanzione della nullità dei contratti .

2.1 La limitazione dell'attività agli enti costituenti ed affidanti.

Il decreto prevede (art 13, comma primo) che le società a capitale pubblico o misto che svolgono le attività ivi contemplate debbano operare *“esclusivamente con gli enti costituenti ed 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.”*

Per inciso, si noti che l'espressione *“operare...con gli enti..”* sembra avvalorare ulteriormente l'argomentazione svolta al punto 1) che precede, alludendo esclusivamente ad un'attività svolta direttamente a favore dell'ente pubblico.

Con una certa, peraltro comprensibile, approssimazione, la norma è stata letta da taluni¹¹ come divieto di attività extraterritoriale per le società pubbliche, forse in relazione al ben noto dibattito, dottrinale e giurisprudenziale in materia di servizi pubblici locali ¹².

In realtà, a ben vedere, qui non si fa questione di extraterritorialità, ma esclusivamente di identità del soggetto a favore del quale le prestazioni vengono rese¹³.

Vi è da chiedersi, anzitutto, che significato (e, soprattutto, quali conseguenze) attribuire alla locuzione *“costituenti ed affidanti”* . I due termini vanno intesi in senso letterale? Ed ancora: stanno necessariamente insieme ?

Se la risposta ad entrambi i quesiti fosse affermativa, si dovrebbe necessariamente concludere che il legislatore ha inteso espressamente limitare l'attività delle società *in*

¹¹ Giuseppe Rambaudi, “Affidamenti in house col contagocce”, Italia Oggi 7 luglio 2006, cit.

¹² Risolto, come è noto, da Consiglio di Stato nel senso della legittimità dell'azione extraterritoriale delle società pubbliche a condizione che non vengano distratte risorse tali da concretare un depauperamento per la collettività locale di riferimento.

¹³ Si pensi, per intendersi, al caso di un ente o società regionale che svolga, esclusivamente per conto della Regione, attività di promozione dell'immagine regionale nel mondo intero.

house ai soli degli Enti Locali *che hanno costituito*¹⁴ la società al fine specifico di affidarle una serie di prestazioni.

Del resto, il termine “*costituenti*” sembra troppo specifico per apparire casuale; in effetti, se l’intenzione dell’esecutivo fosse stata differente ben avrebbe potuto essere utilizzata, come in altri casi¹⁵, la nota formula di *società costituite o partecipate* da Enti Locali.

Vi è quindi da interrogarsi sul portato da attribuire a tale formulazione; senza anticipare quanto si dirà poco più appresso, occorre tuttavia tener presente che il comma 4) dell’articolo in commento prevede, quale sanzione per la mancata ottemperanza agli obblighi ivi previsti, la sanzione della nullità dei contratti.

E’ noto che anche l’accordo che riunisce più soggetti in una società costituisce un contratto, di tipo associativo.

Sorge, quindi, il legittimo interrogativo se, con la previsione in argomento, il Governo non intenda paventare la sanzione della nullità anche nei confronti *degli atti (successivi alla costituzione) di partecipazione* al capitale delle società pubbliche da parte di *enti locali diversi da quelli che le hanno inizialmente costituite*¹⁶.

E’ inutile, in questa sede, dilungarsi sui possibili effetti di una tale interpretazione che, anche se apparentemente sorretta dalla lettera della norma, appare del tutto abnorme. Basti pensare, nel caso di società cui Enti Locali diversi da quello originario abbiano successivamente aderito mediante aumenti di capitale, in denaro ovvero in natura a fronte del conferimento di beni o dotazioni patrimoniali¹⁷, all’eventualità che le società siano chiamate ad adottare deliberazioni di riduzione del capitale sociale con

¹⁴ Ossia, per Comuni e Province, che hanno deliberato la sua trasformazione da azienda speciale in SpA ai sensi della L. 127/97 (Bassanini), ovvero che hanno preso parte all’atto notarile di costituzione della società

¹⁵ E’ l’espressione già utilizzata dal legislatore nell’art. 22, comma 3, lettera e) dell’abrogata Legge 8.6.1990 n° 142, come modificato dall’art. 17, comma 58, della Legge 15.5.1997 n° 127, o nell’art. 113 bis del D.Lgs. n° 267/00, poi dichiarato incostituzionale dalla Consulta

¹⁶ Ad esempio, contratti di compravendita di titoli o quote; sottoscrizioni di aumenti di capitale, ecc.

¹⁷ Cosa tutt’altro che infrequente nella prassi

conseguente restituzione dei beni e/o del denaro agli enti locali¹⁸ *non costituenti*, a pena di nullità.

E' peraltro possibile fornire un'interpretazione, di carattere sistematico e basata sul comune buonsenso, tesa ad evitare conseguenze tanto radicali.

L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria ed amministrativa in tema di gestioni *in house*¹⁹ e di partecipazione di più enti locali ad una società di gestione di pubblici servizi ha condotto a due assunti, ormai consolidati:

- a) da un lato, si è affermato che non sussiste alcun vincolo a che un ente pubblico, da solo, detenga la maggioranza del capitale, potendo tale maggioranza concretarsi nella partecipazione di più Enti Locali al capitale della società, a condizione che tale partecipazione non si risolva in un semplice investimento finanziario, magari di entità modesta ²⁰ ;
- b) da un altro lato, in tema di *in house providing*, è stato ribadito più volte che il c.d. *controllo analogo* a quello esercitato sui propri servizi può competere anche congiuntamente ad una pluralità di Enti Locali, a condizione che l'esercizio di tale controllo venga esercitato congiuntamente dagli enti locali stessi, dall'esterno della società e con strumenti di tipo pubblicistico ²¹.

E' plausibile ipotizzare che il legislatore abbia in qualche misura inteso riflettere il contenuto di tali orientamenti e, con la previsione *tranchant* ed abbastanza generica della sanzione della nullità dei contratti, abbia, in realtà, inteso *solo escludere che la*

¹⁸ Con conseguenti, evidenti ed enormi problemi nel caso di finanziamenti contratti dalla società con dazione di garanzia sui beni stessi, ovvero con riguardo alla valutazione degli investimenti, e dei relativi ammortamenti, effettuati dopo il conferimento, in relazione alla vita utile residua dei beni stessi, e non ad un periodo più breve; o, ancora, al caso in cui insieme ai beni sia stato conferito anche il ramo d'azienda - comprensivo del personale - destinato alla loro manutenzione, e così via.

¹⁹ di servizi pubblici, ma i cui concetti sembrano trasponibili anche al caso di cui ci si occupa.

²⁰ Cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, Sez. V, 30/6/2003 n. 3864; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 12.5.2004 n° 1685

²¹ Cfr., fra le più significative, TAR Friuli Venezia Giulia, n° 634 del 15 luglio 2005 secondo cui il controllo analogo, nel caso di specie, era legittimamente assicurato mediante la costituzione (si trattava di appunto di un'azienda con più Enti locali Soci: l'Ambiente Servizi SpA di Trieste) di un'Assemblea di coordinamento intercomunale, con il compito, fra gli altri, di provvedere all'approvazione, su delega degli enti locali, del bilancio di esercizio, del piano industriale e degli altri documenti programmatici; alla modifica degli schemi tipo dei contratti di servizio, alle modifiche dello Statuto della società; al consenso all'eventuale esercizio in qualsiasi forma di attività, rientranti nel suo oggetto sociale;

semplice partecipazione - minoritaria o simbolica - al capitale della società di Enti Locali diversi dai soci fondatori possa giustificare l'affidamento diretto alla stessa di prestazioni o servizi.

Ovvero, ancor più semplicemente, che la *ratio legis* sia esclusivamente quella di sanzionare *i soli contratti di affidamento di servizi* assegnati in violazione del divieto di agire per enti diversi e che il legislatore *plus dixit quam voluit*.

Si ribadisce, tuttavia, che l'interpretazione letterale della norma conduce a risultati di segno contrario.

Ciò posto, quindi, mediante un'interpretazione conservativa del decreto ²², potrebbero farsi rientrare nel novero degli enti per i quali la società può legittimamente operare tutti gli Enti Locali ricadenti nella casistica giurisprudenziale sopra illustrata, sub a) e b).

Sembra, comunque, auspicabile un chiarimento in sede di conversione del decreto.

2.1. Il divieto di partecipazione a società o enti.

Il comma primo dell'art. 13 conclude affermando che le società pubbliche o miste "*non possono partecipare a società od enti*".

Si anticipa che, a giudizio di chi scrive, per evitare conseguenze aberranti, la disposizione in parola va necessariamente interpretata come norma antielusiva del divieto di attività per enti diversi dai soci.

La *ratio*, infatti, appare quella di impedire che, tramite la partecipazione a società o enti, le società pubbliche in house o quelle miste *possano eludere l'obbligo, di cui si è discusso più sopra, di operare esclusivamente per i propri azionisti*, acquisendo contratti per servizi o attività da parte di Enti Locali diversi da questi ultimi per il tramite di tali società.

Peraltro, anche un altro obiettivo può aver ispirato questa disposizione dell'art. 13 : quello, più generale, - dichiarato nella norma - di vietare *qualsiasi* fattore distorsivo del

²² Va tenuto presente, infatti, che oltre agli ovvi problemi di costituzionalità che un'interpretazione restrittiva porterebbe con sé (ovviamente con riguardo alla lesione della sfera di competenza esclusiva degli Enti Locali - delle Regioni in particolare-), si paleserebbero numerosi contrasti con norme costituzionali e principi generali dell'ordinamento giuridico - quale il principio di tutela dell'affidamento - anche in campo civilistico: si pensi alla necessità, ad esempio, di tutelare i terzi che abbiano in buona fede fatto affidamento sulla misura del patrimonio sociale indicata nel Registro delle Imprese.

mercato e della concorrenza. In altre parole, in tale prospettiva, la possibilità di agire tramite società controllate - magari nel libero mercato - consentirebbe, *in sé e per sé*, alla società *in house* di sfruttare il vantaggio competitivo che deriva loro dall'essere affidatarie dirette e privilegiate di alcuni servizi, affrontando la concorrenza da una posizione di vantaggio, anche derivante dagli utili conseguiti tramite le attività protette.

In una simile prospettiva, la norma potrebbe anche celare l'intento di circoscrivere l'azione delle società *in house* e miste non solo spazialmente ma anche finalisticamente: ad società pubblica o mista sarebbe consentito effettuare le proprie attività solo in via diretta e - come prevede la lettera della legge, apparentemente inequivoca - la stessa partecipazione a società sarebbe, *di per sé stessa*, illegittima.

La norma è formulata al presente, e pone un divieto assoluto: "*non possono partecipare a società*".

In tal senso depone anche il comma terzo, che assegna alle società in argomento un termine di 12 mesi per far cessare le attività non consentite (dunque anche quelle attualmente in essere). Pertanto, considerando la norma in questa luce, sarebbe vietata *anche la partecipazione a società attualmente detenute o partecipate*.

La sanzione, è bene rammentarlo una volta di più, sarebbe rappresentata dalla *nullità del contratto sociale*.

In alcuni casi (società interamente controllate, o con esigua partecipazione di altri soggetti) il problema (almeno giuridicamente) può essere agevolmente risolto mediante una fusione, che di fatto trasformi le attuali società c.d. di terzo grado in *business unit* della società pubblica o mista.

Nei casi in cui ciò non risulti praticabile (ad esempio, nel caso di partecipazione rilevante ma non maggioritaria) l'alternativa potrebbe essere rappresentata solo dalla cessione delle relative partecipazioni; una "corsa alla vendita" per rispettare il termine

dei 12 mesi comporterebbe, evidentemente, un sensibile deprezzamento del valore di tali società, al contrario di quanto da taluni sostenuto ²³.

Ciò a tutto svantaggio delle relative capogruppo ed, in ultima analisi, delle collettività locali di riferimento, che vedrebbero pesantemente depauperato un *asset* talora non indifferente.

Il rischio, infatti, data la sanzione della nullità prescritta dal comma quarto, sarebbe estremamente rilevante in caso di inerzia oltre il termine di legge: qualsiasi interessato²⁴ ed in qualunque tempo, ai sensi dell'art. 1421 del codice civile, potrebbe adire il giudice ordinario con azione di accertamento, onde ottenere declaratoria di nullità del contratto sociale ²⁵ della società partecipata dalla holding pubblica, e ciò senza possibilità di sanatoria, ossia di convalida (art. 1423 codice civile).

Proprio in virtù della formulazione così secca della norma, che potrebbe non lasciare spazio ad interpretazioni di temperamento da parte della giurisprudenza, appare quantomai auspicabile una correzione in sede di conversione del decreto. Potrebbe essere sufficiente, al proposito, modificare la frase finale del primo capoverso nel modo seguente: “ .., e non possono, *al fine di eludere gli obblighi posti dal presente articolo*, partecipare a società o enti”²⁶.

²³ Giorgio Santilli, “*Servizi Locali, frenati gli appalti in house*” Il Sole 24 ore, 1 luglio 2006, per il quale il periodo transitorio di dodici mesi è tale da consentire agli enti locali di tali aziende di valorizzarle, senza che la disciplina produca una perdita del valore di queste società.

²⁴ ad esempio, una società concorrente privata

²⁵ E ciò per tacere della rilevanza d'ufficio. Non sembra, comunque, che potrebbero inferirsi effetti anche sui rapporti contrattuali nel frattempo eseguiti e sulle prestazioni erogate in base ad essi, riconducibili comunque allo schema negoziale del contratto di fatto e delle obbligazioni derivanti da atti o fatti idonei a produrle in conformità all'ordinamento giuridico (cfr. art. 1173.c.c.. V. Cian - Trabucchi, Commentario Breve al Codice Civile, Cedam, Padova, 4° edizione, 1992, Libro IV, Titolo II, pag. 1041)

²⁶ Vi è da osservare che, letteralmente, il comma quarto dell'art. 13 in parola riguarda i contratti “*conclusi*” in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2. Taluno potrebbe, quindi, anche ipotizzare una efficacia della sanzione di nullità solo per i contratti o i negozi stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto, ai sensi dell'art. 11 delle preleggi. Tuttavia, la stessa categoria giuridica della nullità, proprio perché comporta il venir meno di ogni effetto giuridico di un contratto o, in genere, di un negozio giuridico (*quod nullum est nullum producit effectum*), impedisce una simile interpretazione.

2.3. Il problema delle holding multiutility

Tentando di incrementare il senso di preoccupazione del lettore complicando, se possibile, ulteriormente lo scenario, sembra utile por mente ad alcune ipotesi particolari, ma tutt'affatto rare, sulle quali non è chiaro quali possano essere gli effetti della norma in commento.

Si è detto che l'ambito della norma dovrebbe essere circoscritto alle *“società... costituite dalle amministrazioni pubbliche.... per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti”*.

Negli ultimi tempi, nel settore delle *utilities*, si è registrata una sempre maggiore tendenza alla diversificazione delle attività rispetto al *core business*, tradizionalmente rappresentato dai servizi pubblici locali in senso stretto (distribuzione e vendita gas, servizio idrico, igiene ambientale, trasporto pubblico locale, gestione di impianti sportivi, farmacie, parcheggi, ecc.).

In tale contesto, diverse società pubbliche di gestione di servizi pubblici locali hanno dato vita (esse stesse, e non gli Enti Locali soci) a società strumentali e di scopo, tramite cui assicurare ai medesimi Enti Locali soci²⁷ la fornitura di beni o prestazioni, appunto, strumentali all'agire degli enti stessi.

Come si pongono i divieti e le sanzioni posti dall'art. 13 nei confronti dei contratti relativi alle attività di questi soggetti?

Si consideri che, nella prassi, possono verificarsi due ipotesi: a) i contratti relativi ai servizi vengono stipulati dagli Enti Locali con la propria società che, a sua volta, assegna una parte più o meno consistente delle prestazioni alla propria controllata; b) i contratti vengono affidati direttamente alla società di c.d. terzo grado.

Solo l'ipotesi sub b) potrebbe astrattamente soggiacere alla sanzione di nullità prevista dal comma quarto dell'articolo in commento, qualora i contratti siano affidati da enti diversi dai soci della holding. Nel caso di contratti assegnati dai soci, occorre, peraltro,

²⁷ E talora, occorre sottolinearlo, non soci.

verificare la sussistenza dei requisiti dell'*in house providing* alla luce della recente giurisprudenza comunitaria ²⁸.

Tuttavia, si tratterebbe di un'applicazione della norma in senso estensivo: la società di terzo grado, infatti, non è stata *costituita da amministrazioni pubbliche* e, soprattutto, non è stata costituita per soddisfare esigenze strumentali alle amministrazioni pubbliche medesime; dal punto di vista letterale, quindi (e, vertendosi in tema di nullità, l'accezione estensiva non sembra del tutto giustificata), si potrebbe fondatamente sostenere l'esclusione dei contratti in parola dalla previsione dell'art. 13.

A maggior ragione sarebbero da escludere dall'ambito applicativo del decreto le ipotesi sub a): in tal caso, infatti, la società assegnataria in via diretta del contratto non è stata *costituita per* effettuare prestazioni a favore degli enti²⁹, ma per gestire servizi pubblici locali .

Quanto esposto sin qui rappresenta solo una parte delle riflessioni, purtroppo in massima parte dubitative, che l'art. 13 in parola induce (basti pensare, ad esempio, all'esatta portata del vincolo di oggetto sociale esclusivo: riguarda gli enti a favore dei quali è possibile operare ? il tipo di prestazioni? entrambe le cose?).

In questa fase - particolarmente in ragione del fatto che il decreto sarà soggetto all'esame dell'aula - non sembra opportuno avventurarsi in indicazioni concrete agli operatori circa le soluzioni da adottare per conformarsi ai dettami della norma.

Ci si augura tuttavia che, in ogni caso, sia operato sulla norma qualche intervento correttivo, o in sede di conversione o per il tramite dell'atteso disegno di legge delega, dal momento che è suscettibile di ingenerare incertezze applicative non di poco conto

²⁸ Si allude ai contenuti della nota sentenza della Corte di Giustizia Europea, Sez I, 11 maggio 2006 n° C-340/04, secondo cui la presenza di una holding, partecipata dal Comune, che si ponga quale tramite rispetto alla società cui l'Ente Locale affidi dei servizi può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale. In tali circostanze, secondo la Corte, previa verifica di queste ultime da parte del giudice di merito, l'amministrazione aggiudicatrice può non esercitare sull'affidataria dell'appalto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

²⁹ Al più, ciò costituirà un elemento secondario dell'oggetto sociale.

in un settore, quello delle *public utilities*, già alle prese con un periodo di radicale trasformazione dei relativi mercati e di ripetuti interventi del legislatore, anche comunitario (si pensi alle recenti direttive appalti, che hanno dato origine al D.Lgs. n° 163/2006 - Codice dei contratti pubblici).

Legnano, 12 luglio 2006.

**Dirigente Affari Generali e Legali Gruppo AMGA Legnano SpA, Legnano*