
Enti locali: decreto "del fare" e società in house

di [Roberto Pasquini](#)

Publicato il 13 Luglio 2013

il decreto "del fare" è intervenuto anche in materia di società pubbliche strumentali: appare evidente la volontà del Governo di elaborare una modifica dell'intero impianto normativo riguardante le società controllate dagli enti locali (Roberto Camporesi)

Le società strumentali in *house* sono recentemente tornate alla ribalta per due ordini di motivi:

- il primo perché è intervenuta una modifica all'art. 4 c. 1 lett. b del D.L. n. 95 del 6/07/2012 convertito con modificazioni nella Legge n. 135 del 7/08/2013 (d'ora in avanti per comodità “**spending review 2**”) nel senso che il termine del 30/06/2013 assegnato per la cessione delle partecipazioni in dette società è stato prorogato al 31/12/2013 e;
- il secondo motivo per due recenti e coeve deliberazioni delle sezioni controllo delle Corti dei Conti che hanno interpretato che le disposizioni del comma 1 del predetto articolo 4, che impongono da un lato la dismissione delle partecipazioni (ora entro il termine prorogato al 31.12.2013) e dall'altro lato la messa in liquidazione delle predette società entro il 31.12.2013, non si applicano alle società che rispondono ai requisiti dell'*in house providing* come disporrebbe, seguendo l'interpretazione dei giudici contabili, la disposizione contenuta nel comma 8 sempre dell'art. 4 già citato.

Il primo motivo di ritrovato interesse per le società strumentali in *house* non risiede tanto nella proroga del termine per procedere alla alienazione della (totale) partecipazione detenuta dalla Pubblica Amministrazione quanto nelle indiscrezioni che hanno accompagnato tale modifica, in base alle quali il Governo avrebbe in animo una modifica dell'intero compendio normativo contenuto nel D.L. 95/2012 quantomeno per ciò che attiene le società strumentali dell'art. 4 citato.

La modifica è contenuta decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (intitolato “*Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*”, **c.d. decreto del fare**, in GU n.144 del 21-06-2013, Suppl. Ordinario n. 50) e precisamente all'art. 49 (rubricato “*Proroga e differimento termini in materia di spending review*”) che

testualmente recita: “1. All'articolo 4, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n.135, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, lettera b), le parole '30 giugno 2013' sono sostituite dalle seguenti: '31 dicembre 2013' e le parole 'a decorrere dal 1° gennaio 2014' sono sostituite dalle seguenti: 'a decorrere dal 1° luglio 2014'”.

La portata della disposizione modificativa, al di là di quanto sopra affermato in termini di esigenze di una revisione complessiva dell'articolo, sembra rispondere ad esigenze di coordinamento fra il termine del comma 1 lettera a e quello contenuto nella lettera b del medesimo articolo 4, già citato, cosicché i due termini ora coincidono con la data del 31.12.2013.

Tuttavia per poter affermare che una certa portata pratica la modifica potrebbe averla. Infatti secondo una certa logica interpretativa la sfasatura temporale era giustificata dal fatto che:

- entro il 30/06/2013 gli enti proprietari delle società che rispondono ai requisiti di cui al comma 1 dell'articolo 4 avrebbero dovuto provvedere alla dismissione della partecipazioni azionarie e nel caso che ciò non avesse avuto esito positivo;
- entro il 31.12.2013 gli stessi enti proprietari avrebbero provveduto a mettere in liquidazione la società.

Tale tesi interpretativa ora è stata sconfessata e quindi rimane una valutazione discrezionale dell'ente socio provvedere alla vendita della partecipazione ovvero mettere in liquidazione la società.

Non solo per completezza espositiva va ricordato che è stato modificato anche il comma dell'art. 4 “Spending review 2” e precisamente, sempre l'art. 49 del decreto del fare, ha disposto:

“1. All'articolo 4, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n.135, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) (omissis)

b) al comma 2, le parole: 'a decorrere dal 1° gennaio 2014' sono sostituite dalle seguenti: 'a decorrere dal 1° luglio 2014'”.

Sulla base della predetta modifica si rafforza la forza interpretativa del secondo comma dell'art. 4 "Spending review 2", in base al quale non sussiste in capo agli enti pubblici soci un obbligo (*rectius* dovere) di porre in vendita le azioni o mettere in liquidazione le società che rispondono ai requisiti del comma 1, giacchè esse, ora possono sussistere e solo dallo 01/07/2014 non potranno più ricevere affidamenti diretti o proroghe di quelle già esistenti. Per altri versi si potrebbe sostenere che fino al 30/06/2014 invece potranno continuare a ricevere affidamenti diretti ovvero proroghe di quelli già esistenti.

Ora sulla necessità e soprattutto utilità di tale termine prorogato, che assume la funzione di un termine di "grazia", non era dato comprenderne appieno il significato.

Infatti quale significato si deve attribuire al comma 2, in relazione al fatto che le società del comma 1 dell'articolo 4 sono destinate ad essere soppresse in quanto

1. l'ente pubblico ne vende la partecipazione e quindi spezza il nesso funzionale con l'affidamento del servizio,
2. l'ente pubblico può metterle in liquidazione;
3. ovvero non potranno più ricevere affidamenti o rinnovi di quelli esistenti e quindi sono destinate a "morire d'inedia"?

La risposta può essere data dalle interpretazioni delle due coeve deliberazioni della corte dei conti che costituiscono indubbiamente la maggior novità in tema di società strumentali *in house*.

Il termine di grazia di cui al comma 2 è dato, molto probabilmente, per conformare le società che rispondono ai requisiti del comma 1 al modello dell'*in house providing* come prevede il comma 8 sempre dell'art. 4 citato e ciò senza attuare un piano di ristrutturazione o razionalizzazione come prevedeva il comma 3-*sexies*, sempre dell'art. 4, il cui termine è però irrimediabilmente spirato.

Per comprendere tuttavia tale affermazione e la relativa interpretazione dei giudici contabili è necessario esporre (quantomeno tentare) la struttura dell'art. 4 "spending review 2" per quanto qui di interesse:

Articolo 4, comma 1 parte prima: individuazione delle società che sono sottoposte alla disciplina dell'art. 4, fatto salvo deroghe espresse previste dai commi successivi e quindi:

- profilo soggettivo dei soci (pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 del D.lgs 165 del 2001);
- rapporto di controllo diretto o indiretto con il socio (ma non totalitario);
- attività della società rivolta a prestazioni di servizi verso le Pubbliche amministrazioni (tanto socie che non socie);
- limitate quantitativo: il fatturato della società da prestazioni di servizi deve superare il 90% dell'intero fatturato della società;
- profilo temporale: il fatturato da prendere in considerazione è quello al 2011 (desumibile quindi dal bilancio chiuso al 31.12.2011).

Articolo 4 comma 1 parte seconda:

- al 31.12.2013 alienazione delle partecipazioni delle società di cui sopra;
- al 31.12.2013 messa in liquidazione delle società di cui sopra.

Articolo 4 comma 2: dal 1/07/2014 per le società di cui al comma 1 parte prima per le quali le Pubbliche amministrazione socie non hanno provveduto ai sensi secondo quanto previsto dall'art. 4 comma 1 seconda parte scatta il divieto di nuovi affidamenti o rinnovo di quelli esistenti. Inoltre: *“I servizi già prestati dalle società, ove non vengano prodotti nell'ambito dell'amministrazione, devono essere acquisiti nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale”*.

Articolo 4 comma 3: per le società per le quali ricorrono le condizioni del comma 1 parte prima dell'art. 4 vengono individuate una serie di cause di esclusione dall'applicazione dei provvedimenti previsti dall'art. 4 c. 1 secondo parte.

In particolare è opportuno ricordare la seguente parte della disposizione: *“Le medesime disposizioni non si applicano qualora, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche*

del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato. In tal caso, l'amministrazione, in tempo utile per rispettare i termini di cui al comma 1, predispose un'analisi del mercato e trasmette una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione del parere vincolante, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione. Il parere dell'Autorità è comunicato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri”.

Articolo 4 comma 8: riconoscimento della legittimità dell'affidamento *in house* anche per i servizi e attività strumentali e precisamente: “8. A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*. Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014”.

I giudici contabili in merito ai quesiti specifici hanno ritenuto che le società *in house providing*, che rispondono ai requisiti di cui all'art. 4 c. 8 del decreto “Spending review 2”, non sono soggette alle disposizioni di cui all'art. 4 c. 1 dello stesso compendio normativo.

In particolare la sezione di controllo per la Puglia² è stata investita del questione circa la interferenza fra disposizione contenuta nel comma 1 e comma 8 dell'articolo 4; in quanto il richiedente commissario straordinario della Provincia di Genova prospettava che la disposizione del comma 8 rappresenti norma speciale e quindi alternativa rispetto a quella del comma 1 sempre dell'articolo 4, che assurge invece al rango di norma generale. Ne conseguirebbe che le società *in house* possono continuare a ricevere gli affidamenti diretti, come prevede il comma 8 e non sono sottoposte alle disposizioni della comma 1 seconda parte (dismissione o messa in liquidazione).

I giudici contabili accolgono la tesi interpretativa prospettata e quindi hanno ritenuto che il comma 8 avesse natura di norma speciale rispetto al comma 1 anche in ragione della natura che essi attribuiscono alla società *in house* quale forma di articolazione dell'ente pubblico che non da luogo quindi ad un rapporto con un soggetto terzo. Una diversa interpretazione sarebbe illogica dal punto di vista ordinamentale non solo perché renderebbe “*inutile*” la disposizione contenuta nel comma 8 ma (soprattutto a giudizio di chi scrive) i giudici sono stati sensibile al fatto che la contraria interpretazione sopprimerebbe nell'ordinamento nazionale un istituto quale la società *in house* che è di derivazione comunitaria. Infine, sempre secondo i giudici contabili, tale interpretazione è conforme alla *ratio* del comma 1 “*che ha come fine la tutela della concorrenza, eliminando le società controllate che pur*

svolgendo, di fatto, le proprie attività in via esclusiva per il socio pubblico non rispondono a tutti i requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house”.

Tale interpretazione trova, in parte, conforto anche in deliberazione delle sezione controllo per la Campania n. 188 del 09/05/2013 e in un *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 196 del 21/02/2013 del Tar Lombardia sezione di Brescia.

La tesi fin qui prospettata è innovativa per quanto interessante e non lungi dall’essere influenzata dagli ultimi episodi che hanno fortemente ridimensionato il disfavore che l’*in house* registrava tanto a livello legislativo quanto, con maggior intensità, a livello giurisprudenziale o di prassi della Corte dei conti e dell’AVCP.

Tuttavia i dubbi che suscita la tesi prospettata impongono ulteriori approfondimenti in quanto forieri di ricadute pratiche importanti quali ad esempio:

- la ormai riconosciuta asimmetria fra le società previste dall’art. 13 del decreto Bersani (D.L. 223/226) e quelle previste dall’art. 4 c. 1 prima parte “Spending review 2” impone di individuare la mappatura delle diverse società strumentali e la disciplina ad esse applicabili;
- la dicotomia fra oggetto esclusivo e attività vietate alle società strumentali;
- la qualificazione dei servizi di interesse generale;
- la sorte delle società miste strumentali ammesse dall’art. 13 del decreto Bersani ma ripudiate dal giudice contabile.

11 luglio 2013

Roberto Camporesi

1Art. 4. Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche - dello Spending review 2 d.l. 95/2012

1. Nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, si procede, alternativamente:

a) allo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013. Gli atti e le operazioni posti in essere in favore delle pubbliche amministrazioni di cui al presente comma in seguito allo scioglimento della società sono esenti da imposizione fiscale, fatta salva l'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, e assoggettati in misura fissa alle imposte di registro, ipotecarie e catastali;

b) all'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto entro il 30 giugno 2013 ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, (non rinnovabili), a decorrere dal 1° gennaio 2014. Il bando di gara considera, tra gli elementi rilevanti di valutazione dell'offerta, l'adozione di strumenti di tutela dei livelli di occupazione. L'alienazione deve riguardare l'intera partecipazione della pubblica amministrazione controllante.

2. Ove l'amministrazione non proceda secondo quanto stabilito ai sensi del comma 1, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le predette società non possono comunque ricevere affidamenti diretti di servizi, nè possono fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari. I servizi già prestati dalle società, ove non vengano prodotti nell'ambito dell'amministrazione, devono essere acquisiti nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale.

2 Corte dei conti sezione controllo per la Liguria 17/06/2013 n, 53/Par.