

Decreto Legge 4 luglio 2006, n. 223: Limitazioni all'attività delle società a capitale pubblico

10 Luglio 2006

Il decreto-legge in oggetto contiene numerose disposizioni che interessano il settore delle costruzioni sotto più profili. Si richiama qui l'attenzione sulla norma, di particolare rilievo, di cui all'art. 13, che disciplina l'attività delle società a capitale pubblico, ovvero a capitale misto pubblico-privato, costituite dalle amministrazioni regionali o locali per la produzione di beni o servizi strumentali alle attività di dette amministrazioni, ovvero per l'attuazione di funzioni amministrative di competenza delle amministrazioni stesse delegabili per legge all'esterno.

Si tratta del fenomeno ormai diffuso nel nostro sistema amministrativo, per cui amministrazioni locali ritengono di effettuare al meglio determinate attività di loro competenza, non con la propria organizzazione interna, ma costituendo apposite società di diritto privato, con l'eventuale partecipazione al capitale di soggetti privati, società che, in quanto persone giuridiche di diritto privato, sono soggette alle norme civilistiche, con la conseguenza che devono necessariamente ispirare la propria condotta a criteri di economicità finalizzati alla realizzazione di utili di impresa.

In tale fattispecie rientrano sicuramente le società a totale o parziale capitale pubblico che gestiscono servizi pubblici locali ai sensi dell'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000 (T.U. enti locali).

La disposizione in commento stabilisce alcuni requisiti per la legittima costituzione ed operatività di dette società:

- a) in primo luogo deve trattarsi di società ad oggetto sociale esclusivo, nel senso che l'atto costitutivo deve necessariamente prevedere che la società può agire solo ed esclusivamente per l'esercizio dell'attività delegatagli dall'amministrazione;
- b) in secondo luogo, dal vincolo formale di cui al punto che precede deriva l'obbligo giuridico per la società, espressamente sancito dal 1° comma dell'art. 13, di operare in modo esclusivo con l'amministrazione delegante senza alcuna possibilità di svolgere prestazioni di qualsiasi genere in favore di altri soggetti;
- c) in terzo luogo, infine, viene sancito il divieto per la società di assumere partecipazioni in altre società o enti di qualsivoglia genere.

Viene stabilito che la violazione di una qualsiasi delle prescrizioni predette determina la nullità dei contratti conclusi tra la società ed i terzi.

Si tratta, come è evidente, di sanzione assai rigorosa, considerato che la nullità di detti contratti può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, in qualsiasi tempo (non essendo l'azione di nullità soggetta a prescrizione), ed infine può essere rilevata d'ufficio dal giudice nel corso di una causa.

Di fatto, perciò, la società a scopo strumentale viene a configurarsi come una sorta di servizio dell'ente locale delegante, considerato che le è fatto divieto in modo assoluto di svolgere qualsiasi attività diversa da quella delegata.

La sua caratterizzazione in termini privatistici determina, peraltro, l'esigenza di agire formalmente e sostanzialmente come qualsiasi altro soggetto privato, onde evitare difficoltà patrimoniali che possano condurre a situazioni di dissesto.

Inoltre, per quanto la disposizione nulla dica, non si può certamente escludere che l'amministrazione possa prevedere nell'atto costitutivo una clausola di liquidazione automatica della società per l'ipotesi in cui questa incorra in uno dei divieti in argomento.

È poi da ritenere che in applicazione dei principi generali, allorchè si ritenga di costituire la società con un socio privato, quest'ultimo debba essere scelto mediante procedura ad evidenza pubblica.

Per quanto poi concerne i lavori che la società deve appaltare a terzi, questa, ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. c) del nuovo Codice degli appalti (D.Lgs. n. 163/2006) è tenuta a procedere mediante gare ad evidenza pubblica.

L'art. 13 del D.L. in oggetto, al terzo comma, si preoccupa poi di disciplinare l'attività delle società precedentemente costituite, che alla data di entrata in vigore del decreto, svolgevano una o più delle attività non consentite di cui si è prima detto.

A tal fine viene stabilito l'obbligo per tali società di far cessare entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto le attività non consentite; la cessazione di detta attività può aver luogo per inerzia, e cioè completando entro i dodici mesi le attività non consentite già avviate, senza rinnovarle. Viene però data la possibilità alle imprese di cedere, entro il suddetto termine, le attività a terzi ovvero di scorporare l'attività, facendola confluire in una diversa società di nuova costituzione che deve essere collocata sul mercato entro il termine massimo di ulteriori dodici mesi e perciò entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del decreto legge.

La disposizione in commento è di particolare rilievo, in quanto il divieto posto alle società strumentali (o in house) di gestire attività al di fuori dell'ambito territoriale dell'ente proprietario, comporta il superamento di quel fenomeno di "concorrenza sleale" tra società pubbliche e imprese private più volte denunciato dall'Ance.