

La nuova disciplina delle società partecipate dalle Pubbliche Amministrazioni

Dott. Giuseppe Santoro

**Se vogliamo che tutto rimanga come è,
bisogna che tutto cambi**

D. Lgs. 175/2016



Soluzione???

I principi della legge delega (*legge n. 124/2015*)

L'art. 18 della legge delega (*Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*) all'art. 1 statuisce che "Il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori, *nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi*....":

a) distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla *modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento*.....

b) ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la *costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche* entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; applicazione dei principi della presente lettera anche alle partecipazioni pubbliche già in essere;

c) precisa definizione del regime delle *responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti* nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate;

d) definizione, al fine di assicurare la tutela degli interessi pubblici, la corretta gestione delle risorse e la salvaguardia dell'immagine del socio pubblico, dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società....;

e) razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli *acquisti e il reclutamento del personale*, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi.....previsione che i risultati economici positivi o negativi ottenuti assumano rilievo ai fini del compenso economico variabile degli amministratori in considerazione dell'obiettivo di migliorare la qualità del servizio offerto ai cittadini e tenuto conto della congruità della tariffa e del costo del servizio;

g) attuazione dell'art. 151, comma 8, del T. U. di cui al D. Lgs. n. 267/2000, in materia di consolidamento delle partecipazioni nei bilanci degli enti proprietari.

Disciplina delle partecipazioni (D. Lgs. n. 175/2016)

(Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica)

Il D. Lgs. 19 Agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), adottato in virtù della previsione contenuta nel menzionato art. 18 della legge delega n. 124/2015 è stato "investito" dalla questione di legittimità costituzionale che ha riguardato alcuni articoli della medesima legge delega.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2016, depositata il 25 novembre 2016, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 (e di altri articoli) della legge n. 124/2015 laddove è previsto che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata.

La sentenza, quindi, ha imposto l'intesa e non il semplice parere di Regioni ed Enti locali quando i decreti attuativi interessano le loro competenze.

La stessa sentenza, comunque, ha statuito che "*le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione*".

Pertanto, a seguito della sentenza, la Conferenza unificata (nella seduta del 16 marzo 2017) ha dovuto dare l'intesa ai decreti correttivi della riforma Madia che si sono resi necessari.

Il decreto correttivo (D. Lgs. n. 100/2017 del 16/06/2017) al D. Lgs. n. 175/2016 è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 9 giugno scorso.

Una delle prime conseguenze pratiche è stata la modifica dei tempi, originariamente previsti, entro cui gli enti pubblici avrebbero dovuto attuare⁷ i piani di razionalizzazione delle partecipate.

Infatti, ad esempio, era previsto, all'art. 24, comma 1, del testo pubblicato nella G.U. n. 210 dell'8 settembre 2016 (in vigore al 23/09/2016), che le partecipazioni detenute, direttamente o indirettamente, dalle amministrazioni pubbliche alla data di entrata in vigore del presente decreto in società non riconducibili ad alcuna delle categorie di cui all'articolo 4 (*Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche*), commi 1, 2, e 3, ovvero che non soddisfano i requisiti di cui all'articolo 5 (*Oneri di motivazione analitica*), commi 1 e 2, o che ricadono in una delle ipotesi di cui all'articolo 20 (*Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche*), comma 2, sono alienate o sono oggetto delle misure di cui all'articolo 20, commi 1 e 2. A tal fine, entro *sei mesi* dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ciascuna amministrazione pubblica effettua con provvedimento motivato la ricognizione di tutte le partecipazioni possedute alla medesima data di entrata in vigore del presente decreto, individuando quelle che devono essere alienate.

*Ebbene, quel termine (sei mesi), a seguito della sentenza della Corte Costituzionale ha subito una modifica ed il termine ultimo per l'approvazione dei piani di razionalizzazione straordinaria è stato fissato al **30 settembre 2017**.*

Finalità del decreto e problematiche connesse

Il Testo Unico vuole riassumere, in un quadro organico, tutte le disposizioni ancora vigenti in materia, ridisegnando la disciplina, con la finalità di razionalizzare il fenomeno delle società a partecipazione pubblica e, conseguentemente, realizzare una più efficiente gestione delle partecipazioni che consenta, oltremodo, di ridurre la spesa pubblica.

↓ *cosa fare?*

- Individuare i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione dell'Amministrazione pubblica;
- Individuare le finalità perseguibili dalle società partecipate dalle Amministrazioni pubbliche (es. servizio o opera pubblica realizzabile ecc.);
- Garantire e promuovere la concorrenza ed il mercato → eccezioni: casi in cui l'affidamento o la gestione di un servizio, la realizzazione di un'opera pubblica ecc. possono essere affidati direttamente ad una società in house o ricorrendo ad una società mista pubblico – privata;
- Individuare i presupposti del controllo analogo;
- ecc.....

D. Lgs. 19 Agosto 2016, n. 175

(Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, integrato con le modifiche apportate dal D. Lgs. n. 100/2017)

L'art. 1 del D. Lgs. n. 175/2016 definisce l'oggetto del decreto, disciplinando la costituzione di società da parte di Amministrazioni pubbliche (a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta), nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte delle medesime Amministrazioni pubbliche in tali soggetti.

Alle società a partecipazione pubblica si applicano le disposizioni del codice civile e le norme generali di diritto privato, ad eccezione delle deroghe disposte dal presente decreto.

Restano in ogni caso ferme le specifiche disposizioni contenute in leggi o regolamenti (governativi, ministeriali) che disciplinano società a partecipazione pubblica costituite per la gestione di servizi di interesse generale (SIG) o di interesse economico generale (SIEG) o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse.

❖ Servizi di interesse generale

L'art. 2 del D. Lgs. n. 175/2016 li definisce come "le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale".

Trattasi di una definizione di origine comunitaria, → alcuni servizi sono considerati, dalle autorità pubbliche degli Stati membri, di interesse generale e, pertanto, possono essere oggetto di specifici obblighi di servizio pubblico.

L'art. 106 TFUE (trattato sul finanziamento dell'Unione europea) stabilisce che la gestione del servizio deve, in via generale, essere soggetta alle regole del mercato.

Tuttavia, è prevista una deroga all'applicazione delle regole sulla concorrenza laddove il rispetto dei principi di mercato rischi di compromettere la missione affidata al gestore.

Ciò significa che, se le forze del mercato non sono in grado di fornire e garantire il servizio in maniera adeguata, le autorità pubbliche potranno imporre agli operatori obblighi di servizio pubblico ovvero concedere diritti esclusivi o speciali.

Per questo motivo, è necessario *“un adeguato bilanciamento tra i valori della coesione economica e sociale (ovvero la garanzia di attuazione di forme di intervento pubblico volte a salvaguardare l'interesse generale alla soddisfazione di bisogni dei cittadini ritenuti essenziali) e il rispetto dei principi e delle regole della concorrenza (da parte di tutti i soggetti che si trovano a vario titolo ad interagire sul mercato)”*.

I servizi di interesse generale possono avere:

- natura economica
- natura non economica.

All'art. 2 del D. Lgs. n. 175/2016, si definiscono

❖ **Servizi di interesse economico generale** "*i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato*".

In base all'art. 2 del D. Lgs. n. 175/2016:

- per *controllo* si intende la situazione descritta nell'articolo 2359 del c.c....;
- per *controllo analogo* si intende la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata;
- per *controllo analogo congiunto* si intende la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi
- per *società a controllo pubblico*, si intendono le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi dell'art. del c.c. sopra indicato;

- per *società a partecipazione pubblica* si intendono le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico;

- per *società in house*: le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3.

Sulla base dell'art. 3, comma 1, del D. Lgs. n. 175/2016 "*le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa*".

Pertanto, le s.p.a. (articolate in *società a totale partecipazione pubblica* con un unico socio o con una pluralità di soci pubblici e *società miste*, a prevalenza pubblica o privata) e le s.r.l. costituiscono i modelli prevalenti con cui operano le società partecipate dalle Amministrazioni pubbliche.

Le società consortili, infatti, rispetto alle due tipologie societarie ora menzionate, rappresentano un numero esiguo, così come le società cooperative.

L'art. 3, comma 2, invece, reca disposizioni relative all'organo di controllo delle s.r.l. e delle s.p.a. a controllo pubblico. *In particolare:*

a) nel caso di **s.r.l.** a controllo pubblico l'atto costitutivo o lo statuto in ogni caso prevede la nomina dell'organo di controllo o di un revisore.

Ne consegue che l'atto costitutivo o lo statuto possono prevedere:

- la nomina del Collegio sindacale con funzione di revisione legale dei conti;
- la nomina del sindaco unico con funzione di revisione;
- la nomina del solo revisore legale (persona fisica o giuridica), delegato esclusivamente alle verifiche di cui all'art. 14 del D. Lgs. n .39/2010.

Da notare che, rispetto alle s.r.l. privatistiche in cui la nomina dell'organo di controllo o del revisore si rende obbligatoria in relazione alle situazioni previste dall'art. 2477 c.c., nelle s.r.l. a controllo pubblico la nomina dell'organo di controllo o di revisione è obbligatoria a prescindere da ciascun limite dimensionale.

b) nelle **s.p.a.** a controllo pubblico (e nelle società cooperative che, superando i limiti di cui all'art. 2519 c.c., assumono la forma di s.p.a.), invece, la revisione legale dei conti non può essere affidata al collegio sindacale.

Pertanto, oltre al Collegio sindacale (o Comitato di controllo nel sistema monistico o Consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico) occorrerà nominare anche un revisore esterno (persona fisica o giuridica).

Tale nomina, ad eccezione della prima e di quella in società di interesse pubblico, è adottata dall'assemblea su proposta del Collegio sindacale.

Da notare che, rispetto alle s.p.a. privatistiche, in cui la funzione di controllo legale può essere affidata anche al Collegio sindacale, nelle s.p.a. a controllo pubblico il revisore dovrà essere un soggetto esterno alla società stessa.

In base all'art. 4, comma 1, è stabilito che "*le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ne' acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*".

I vincoli di attività, invece, sono individuati all'art. 4, comma 2, per il quale, nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento di talune attività espressamente individuate, tra cui:

a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;

b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del d.l. n. 50 del 2016.

Tale articolo del codice dei contratti pubblici, intitolato "**Società pubblica di progetto**", statuisce che, allorquando il progetto preveda, ai fini della migliore utilizzazione dell'infrastruttura e dei beni connessi, l'attività coordinata di più soggetti pubblici, difatti la società realizza l'intervento in nome proprio e per conto dei propri soci, avvalendosi dei finanziamenti deliberati per il progetto;

c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del d.l. n. 50 del 2016 (Partenariato pubblico privato → **Società a partecipazione mista pubblico – privata**), con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2;*

*Ai sensi dell'art. 3 del codice dei contratti pubblici il contratto di partenariato pubblico privato è un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore.

*d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni (**Società strumentali**), nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;*

.....

Le attività (finalità) perseguibili dall'ente pubblico mediante l'acquisizione e la gestione delle partecipazioni pubbliche (art. 4 del D. lgs. n. 175/2016) possono essere svolte anche per il tramite di una società in house, ad eccezione di quanto precedentemente indicato alla lett. c) dell'art. 4, comma 2.

Ricapitolando:

Con riferimento alla possibilità, da parte delle Amministrazioni pubbliche, di poter svolgere determinate attività costituendo società o acquisendo (mantenendo) partecipazioni in esse, all'art. 4 del D. Lgs. n. 175/2016 (comma 2, lettere da a ad e) sono elencate tali attività, le quali possono essere svolte (essere oggetto) dalle società in house, ad eccezione di quelle indicate alla lett. c), per le quali è previsto il contratto di partenariato pubblico – privato.

Sulla base dell'art. 5, comma 1, del D. Lgs. n. 175/2016 "*A eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica...o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere **analiticamente motivato**.....*".

Tale comma, quindi, prevede che l'atto deliberativo:

- deve essere motivato (ad eccezione dei casi di conformità ad espresse previsioni legislative), con riferimento alla necessità che la società persegua le finalità istituzionali di cui all'articolo 4;

- evidenzi le ragioni e le finalità che giustificano la scelta di costituzione o di partecipazione parziale, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché le scelte di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato;

- dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Il medesimo articolo 5, comma 3, statuisce che "*L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'art. 21-bis della L. 287/1997*".

Per quanto riguarda la trasmissione dell'atto deliberativo alla Corte dei conti, nella versione finale del T.U. ad essa è stato attribuito un ruolo meramente informativo, in conformità alle attribuzioni già proprie della Corte dei conti.

Il testo originario prevedeva, invece, il parere preventivo della Corte dei conti sullo schema di atto deliberativo di costituzione di una partecipata pubblica ovvero di acquisizione di partecipazioni da parte di una amministrazione pubblica.

L'articolo 11, comma 2, del D. Lgs. n. 175/2016 (Organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico) dispone che "*L'organo amministrativo delle società a controllo pubblico è costituito, di norma, da un amministratore unico*".

Pertanto, è prevista come regola generale per il governo delle società in controllo pubblico l'individuazione di un amministratore unico.

Al comma 3 (completamente rivisitato con le modifiche apportate dal D. Lgs. n. 100/2017) del medesimo articolo, tuttavia, è previsto che "*L'assemblea della società a controllo pubblico, con delibera motivata.....può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ovvero che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo.....La delibera è trasmessa alla sezione della Corte dei conti competente ai sensi dell'art. 5, comma 4, e alla struttura di cui all'art. 15*" (ovvero Ministero dell'economia e delle finanze cui spetta il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del T.U.).



Pertanto, il comma 3 demanda all'assemblea della singola società a controllo pubblico la decisione di derogare alla regola dell'amministratore unico ricorrendo:

- al consiglio di amministrazione, composto da tre o cinque membri;
- a forme di governance alternative (quella di tipo dualistico o quella di tipo monistico).

Tale determinazione deve essere assunta con delibera motivata in relazione a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi.

Inoltre - art. 11, comma 5 - è statuito che quando la società a controllo pubblico sia costituita in forma di s.r.l., non è consentito prevedere, in deroga all'articolo 2475, terzo comma, c.c., che l'amministrazione sia affidata, disgiuntamente o congiuntamente, a due o più soci.

Sempre con riferimento all'art. 11, il comma 8 dispone che "*Gli amministratori delle società a controllo pubblico non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti....*".

In precedenza la normativa (decreto spending review - d.l. n. 95/2012 - e successive modifiche) prevedeva l'incompatibilità solo per chi svolgeva incarichi dirigenziali presso l'ente controllante ed era limitata agli incarichi di presidente (solo se titolare di deleghe gestionali dirette) e amministratore delegato della società.

Alla luce di questo comma, per cui viene sancita l'incompatibilità tra l'incarico di amministratore della società in controllo pubblico e quello di dipendente delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti, potremmo dire, pertanto, che è stata operata un'inversione di tendenza rispetto alla politica perseguita negli ultimi anni, in cui si riteneva che la maggioranza dei c.d.a. delle società a controllo pubblico dovesse necessariamente essere composta da dipendenti dell'amministrazione che deteneva la partecipazione.

Ancora, l'art. 11, comma 11, dispone che nelle società di cui le amministrazioni pubbliche detengano il controllo indiretto non è consentito nominare, nei c.d.a., amministratori della società controllante, salvo che:

- ai medesimi amministratori siano attribuite deleghe gestionali a carattere continuativo;
- la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante;
- la nomina risponda all'esigenza di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Ai sensi dell'art. 11, comma 12, invece, è consentito a coloro che hanno un rapporto di lavoro con una società a controllo pubblico di poter assumere l'incarico di componente degli organi di amministrazione nella stessa società. In tal caso *"sono collocati in aspettativa non retribuita e con sospensione della loro iscrizione ai competenti istituti di previdenza e di assistenza, salvo che rinuncino ai compensi dovuti a qualunque titolo agli amministratori"*.

La società in house (art. 16 D. Lgs. n. 175/2016)

L'art. 16 dispone, al comma 1, che le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni.

I requisiti di partecipazione/controllo delle amministrazioni nelle suddette società, nonché l'assetto organizzativo e lo Statuto di queste, devono rispondere a determinati requisiti. Nel dettaglio:

➤ *Società partecipata al 100 % da P.A.*

Un'eccezione è rappresentata dalla partecipazione prescritta a norma di legge, che non comporti controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata (art. 16, comma 1, D. Lgs. n. 175/2016)*;

* Il documento di analisi della direttiva 2014/23/UE in materia di contratti di concessione ha ricordato come la presenza di privati nelle società affidatarie in house, senza poteri di controllo, veto e di influenza determinante, sia consentita solo a condizione che una legge specifica, anche di settore, la preveda.

- **Controllo analogo** (art. 16, comma 1, D. lgs. n. 175/2016) o il **controllo analogo congiunto** nel caso in cui gli organi decisionali della società in house siano espressione delle varie Amministrazioni partecipanti;
- Gli statuti di queste società devono prevedere che **oltre l'80% del loro fatturato** (art. 16, comma 3, D. Lgs. n. 175/2016) sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci (la produzione per finalità diverse, rispetto al suddetto limite, è disciplinata al comma 3 bis).

N.B.: Il D. Lgs. n. 50/2016 - **Codice dei contatti pubblici** - all'art. 5 (Principi comuni in materia di esclusioni per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico), commi 1 e 2, recita:

1. Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;

b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

2. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

Con riferimento alle predette caratteristiche delle società in house si rammenta, ad esempio, quanto disposto dal Consiglio di Stato, Sez. III, nella sent. 27 aprile 2015, n. 2154, per il quale "*i requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale perché possa farsi luogo ad affidamento in house sono:*

- a) la totale partecipazione pubblica (con divieto di cedibilità a privati)*;*
- b) l'esclusività (destinazione prevalente dell'attività a favore dell'ente affidante);*
- c) il controllo analogo (esercizio di influenza decisiva sugli indirizzi strategici e sulle decisioni significative del soggetto affidatario, tale da escludere la sostanziale terzietà dell'affidatario rispetto al soggetto affidante)".*

E' stata ribadita, con riferimento al controllo dell'Ente pubblico, la necessità – essenzialità - del potere di veto preventivo dei soci pubblici che detengono il controllo.

* La seconda Sezione del Consiglio di Stato, nel parere n. 298/2015, esaminando l'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE, ha rilevato come all'art. 12, lett. c), sia stato specificato che "nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali..." .

Le società in house, quindi, ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle Pubbliche Amministrazioni che esercitano, su di esse, controllo analogo (oltre le altre caratteristiche già menzionate).

Con il controllo analogo, difatti, individuiamo un controllo di tipo amministrativo (di natura gerarchica), dal momento che la società in house è in realtà assimilabile, nella sostanza, ad un ente pubblico.

N.B.: Pertanto, ciascun ente pubblico deve assumere sulla società, in forza di idonei strumenti giuridici, il ruolo di dominus sugli obiettivi strategici e sulle decisioni operative rilevanti.

Il Consiglio di Stato, Sezione III, nella sentenza n. 2291/2015 ha rimarcato come "*l'in house providing, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare, prima che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono che l'affidamento degli appalti pubblici avvenga mediante la gara. Infatti, l'affidamento diretto del servizio.....rileva comunque ai fini della tutela della concorrenza in quanto sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso (cfr. Cons. Stato, A.P. n. 1/2008)*".

Ancora, il Consiglio di Stato, Sezione V, nella sentenza n. 257/2015 ha avuto modo di chiarire che *"l'affidamento diretto in house – lungi dal configurarsi come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali - costituisce una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, in house (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti...della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti"*.

Lo schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale (decreto attuativo della legge n. 124/2015, decaduto a seguito della sentenza della Corte Cost. n. 251/2016) all'art. 7, comma 3 statuiva che *"Nel caso di affidamento in house o di gestione mediante azienda speciale, il provvedimento dà, altresì, specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e, in particolare, del fatto che tale scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini.....Laddove non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, il provvedimento è motivato anche in ordine all'eventuale impossibilità di procedere mediante suddivisione in lotti nel rispetto della disciplina dell'Unione europea, al fine di consentire l'attività di più imprese nella prestazione del servizio e favorire forme di concorrenza comparativa"*.

Sempre il Consiglio di Stato, Sezione III, con la sentenza n. 2154/2015, a proposito dell'in house pluripartecipato, ha precisato che *"le amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possono esercitare il controllo analogo in modo congiunto con le altre, a condizione che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*

a) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, siano formati tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti;

b) i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato;

c) l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti".

E' necessario, quindi, secondo la giurisprudenza comunitaria, nel caso di pluripartecipazione *"che il singolo socio possa vantare una posizione più che simbolica, idonea, per quanto minoritaria, a garantirgli una possibilità effettiva di partecipazione alla gestione dell'organismo del quale è parte; sicché, una presenza puramente formale nella compagine partecipata o in un organo comune incaricato della direzione della stessa, non risulterebbe sufficiente"*.

Ha, dunque, ricordato che *"la prassi conosce svariati meccanismi, fondati ora sulla nomina diretta e concorrente di singoli rappresentanti (uno per ogni socio) in seno al consiglio di amministrazione della società; ora sulla partecipazione mediata agli organi direttivi attraverso la nomina da parte dell'assemblea di consiglieri riservati ai soci di minoranza..."*.

La società a partecipazione mista pubblico – privata (art. 17 D. Lgs. n. 175/2016)

L'art. 17 del D. Lgs. n. 175/2016, contenente specifiche disposizioni sulle società a partecipazione mista pubblico - privata, estende il suo ambito a tali società *a prescindere dal loro oggetto sociale*, a differenza di quanto era previsto nel testo previgente alle modifiche apportate dal D. Lgs. n. 100/2017, in cui si parlava di società costituite per le finalità di cui all'art. 4, comma 2, lett. c (ovvero società miste costituite per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un servizio di interesse generale, avente ad oggetto esclusivo l'attività inerente l'appalto o la concessione).

Nelle società a partecipazione mista pubblico – privata:

- la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al 30% (art. 17, comma 1);

- la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica.....e ha ad oggetto, al **contempo**, la *sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione* oggetto esclusivo dell'attività della società mista (art. 17, c. 1);

↓ Gara a doppio oggetto

In caso di ricorso al PPP, la realizzazione e la gestione di un'opera o l'organizzazione o la gestione di un servizio di interesse generale deve realizzarsi, quindi, attraverso la *gara a doppio oggetto*, ovvero deve riguardare sia la qualità di socio, sia l'affidamento del servizio del contratto di appalto o di concessione (oggetto esclusivo dell'attività della società mista).

- la durata della partecipazione privata alla società non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto prevede meccanismi idonei di scioglimento della società in caso di risoluzione del contratto (art. 17, c. 3); ³⁹

- il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva (art. 17, c. 2).

Il partenariato pubblico - privato (PPP) rappresenta, quindi, una delle modalità di organizzazione dei servizi pubblici, accanto all'affidamento in house e, naturalmente al ricorso al mercato (modalità ordinaria).

Il modello, ora individuato, che prevede la gara a doppio oggetto (la possibilità, quindi, di *perseguire il risultato mediante lo svolgimento di una gara unica*), ha trovato codificazione nel nostro ordinamento.

Il Consiglio di Stato, Sezione IV, in tema di affidamenti diretti a società miste, nella sentenza n. 1555/2009 ha precisato quali condizioni devono ricorrere perché sia consentito il ricorso a tale forma organizzativa, senza con ciò incorrere in fattispecie contrari alle esigenze di tutela della concorrenza, così come affermatesi in ambito comunitario e traslate nel sistema normativo nazionale.

In particolare, affinché siano soddisfatte le condizioni per cui si può legittimare ricorrere al c.d. “partenariato pubblico/privato” e la celebrazione di una unica gara per l’individuazione del socio privato e per l’affidamento del servizio è necessario:

- 1) che esista una norma di legge che autorizzi l’amministrazione ad avvalersi di tale “strumento”;*
- 2) che il partner privato sia scelto con gara;*
- 3) che l’attività della costituenda società mista sia resa, almeno in via prevalente, in favore dell’autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima;*
- 4) che la gara (unica) per la scelta del partner e l’affidamento dei servizi definisca esattamente l’oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi “determinati”);*
- 5) che la selezione dell’offerta migliore sia rapportata non alla solidità finanziaria dell’offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto;*
- 6) che il rapporto instaurando abbia durata predeterminata”.*

Conclusioni

Il Testo Unico ha reintrodotta la possibilità per gli enti locali di costituire nuove società o di acquistare partecipazioni in società già esistenti. Gli enti, tuttavia, saranno chiamati a motivare in modo analitico e compiuto la scelta effettuata, dimostrandone la convenienza economica.

Gli articoli del T.U. esaminati hanno evidenziato quanto sia importante ricondurre le società partecipate dalla P.A. ad una piena governance degli Enti controllori, i quali dovranno dare le indicazioni opportune affinché la gestione, attuata in maniera economica, sia in linea con gli obiettivi dell'Ente medesimo.

A tal fine molto importante sarà l'attività di vigilanza sia dei revisori degli enti locali soci sia degli altri soggetti deputati ai controlli sulle amministrazioni.

Con riferimento all'amministrazione ed al controllo delle società a partecipazione pubblica, il T.U. ha, tra l'altro, disposto regole specifiche per le società in house e per quelle a partecipazione mista pubblico-privata (specificità che non sono stato oggetto di analisi nel presente lavoro), i cui statuti possono, appunto, contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'art. 2380-bis c.c. (s.p.a.) o dell'art. 2479 c.c. (s.r.l.).

E' opportuno, altresì, sottolineare come molte altre disposizioni - di notevole impatto sulla disciplina delle società partecipate dalla P.A. - siano state introdotte con il D. lgs. n. 175/2016, che testimoniano (visto anche la frequenza con cui, negli ultimi anni, il legislatore è intervenuto in materia) come il tema della gestione di queste società sia particolarmente sentito, sia per l'elevato numero con cui esse, nel corso degli anni, sono proliferate, sia per le problematiche di natura finanziaria che ne sono scaturite per il bilancio statale.

Si pensi (a titolo esemplificativo):

- ad un sistema di contabilità separata (art. 6, D. Lgs. n. 175/2016) nel caso in cui si gestiscono tipologie di attività diverse;
- al possesso, per gli organi di amministrazione e controllo, dei requisiti di onorabilità, professionalità ed autonomia (art. 11, comma 1, D. Lgs. n. 175/2016);

- all'analisi (art. 20, D. lgs. n. 175/2016 – *Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche* - da effettuare annualmente) dell'assetto complessivo delle società in cui le amministrazioni pubbliche detengono partecipazioni, predisponendo, ove ne ricorrano i presupposti, appositi piani di razionalizzazione nel caso in cui non rientrano nelle casistiche contemplate o non perseguono finalità di pubblico interesse;
- alla ricognizione generale sulle risorse umane impiegate (artt. 19 e 25, D. Lgs. n. 175/2016), al fine di verificare se ci si trova di fronte ad esuberi di personale, e trasmissione delle relative informazioni alla Regione in cui ha sede legale la società partecipata;
- all'ammissibilità delle società pubbliche alle procedure concorsuali (l'art. 14 dispone che "*le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese.....*").