

Società a partecipazione pubblica:
modelli per la gestione dei servizi di
interesse economico generale

Società miste (pubblico-private)

Società «*in house*»

Normativa di riferimento

- **Direttive europee** in materia di appalti pubblici e concessioni (dir. UE n. 23 e 24/2014)
- **Testo Unico delle società a partecipazione pubblica** (d.lgs. n. 175 del 19.8.2016)
- Nuovo «**Codice dei contratti pubblici**» (d. lgs. n. 50 del 18.4.2016)
- Artt. 113 e 113 bis **T.U.E.L.** (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali)
- **Legislazione settoriale** dettata in relazione ai singoli servizi (es. Codice dell'ambiente)

Ammissibilità partecipazione pubblica in società di diritto privato

- Artt. 3 e 4, Testo Unico società partecipate:
 - a) **società per azioni o a responsabilità limitata** (anche consortili o in forma di cooperativa);
 - b) solo **società «strettamente necessarie»** per il perseguimento proprie finalità istituzionali;
 - c) solo per lo svolgimento di **certe attività**:
 - produzione di **servizi di interesse generale**;
 - progettazione/realizzazione **opera pubblica**;
 - **autoproduzione** beni/servizi strumentali all'ente o allo svolgimento delle sue funzioni

Gestione dei servizi di interesse economico generale (SIEG)

- Testo unico in materia di SIEG: adottato dal Governo, mai pubblicato in G.U.
- Referendum del 2011: abrogato art. 23 *bis* l. 133/2008 che limitava la possibilità di affidamenti diretti a società *in house*
- Oggi la scelta del modello di gestione del servizio è rimessa alla **discrezionalità dell'ente pubblico affidante**:
 - nel rispetto della normativa europea e nazionale sugli affidamenti (v. artt. 5 e 192 Codice dei contratti pubblici)

Modelli per la gestione dei SIEG

- 1) Affidamento ad un **soggetto privato** mediante «gara ad evidenza pubblica»
- 2) Affidamento ad una **società mista pubblico-privata** mediante gara «a doppio oggetto»
- 3) Affidamento diretto, senza gara, ad una **società *in house* interamente partecipata** dall'ente pubblico (ammessa, in teoria, la partecipazione di un privato, purché minoritaria, «non di controllo» e prevista dalla legge)

Il modello del «partenariato istituzionalizzato»

- **Società «miste» (art. 17 T.U.) :**
 - a) quota del privato pari ad almeno **il 30%**
 - b) scelta del socio privato tramite **gara**
 - c) **requisiti di qualificazione** del socio privato da specificare nel bando di gara
 - d) **durata partecipazione privata** commisurata a durata dell'appalto o della concessione del servizio
 - e) **bozza dello statuto** ed elementi **contratto di servizio** allegati al bando di gara

Costi/benefici «società miste»

- Maggiori **risorse** per gli investimenti
 - Migliore capacità di **selezione dei managers**
 - Migliori **performance gestionali**
 - **Monitoraggio qualità del servizio** sulla base di informazioni dirette (socio pubblico)
- ☐ **Rischi organizzativi:**
- **conflitti di interessi** tra socio privato e socio pubblico
 - **comportamenti collusivi o corruttivi**

Il modello «*in house providing*»

- **Autoproduzione** di beni/servizi da parte della P.A.: fenomeno nato in ambito europeo in seguito a vicende di privatizzazione (anni '90)
- Deroga alla disciplina europea degli appalti pubblici (v. condizioni in dir. UE/23/2014 e dir. UE/24/2014)
- **Affidamento diretto (senza gara)** del servizio a società private, ma pienamente controllate dall'ente pubblico
- **Capitale sociale 100% pubblico** (eventuale quota privata «minoritaria» se prevista dalla legge)

Art. 192 Codice dei contratti pubblici

- «Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti:
 - effettuano preventivamente **la valutazione sulla congruità economica dell'offerta** dei soggetti *in house*
 - danno conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento, delle **ragioni del mancato ricorso al mercato**, nonché dei **benefici per la collettività** della forma di gestione prescelta...
 - anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego risorse pubbliche»

Caratteristiche società *in house*

- V. art. 5 Codice contratti pubblici e art. 16 T.U. società a partecipazione pubblica:
 - società a **totale partecipazione pubblica**, salvo partecipazione privata (senza controllo o potere di veto) prevista per legge;
 - sulla società, l'ente pubblico affidante (socio) deve esercitare un **controllo analogo** a quello esercitato sui propri servizi;
 - **oltre 80% della loro attività** svolta a favore dell'ente pubblico affidante

Costi/benefici del modello *in house*

- **Controllo diretto** del servizio da parte dell'ente pubblico: informazioni dirette
- **Gestione** maggiormente **rispondente** agli **interessi pubblici** dell'ente affidante
- RISCHI ORGANIZZATIVI:
 - scarsa capacità di **selezione *management***
 - **commistione di ruoli** in capo all'ente affidante e operato **autoreferenziale** della società
 - **minori investimenti** per vincoli alla disponibilità delle risorse pubbliche

Ancora sui requisiti delle società *in house*

❑ **Capitale 100% pubblico?** = previsione in statuto dell'inalienabilità delle quote ai privati ovvero della prevalenza del capitale pubblico (maggioranza delle quote in mano pubblica)

❑ **Controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi** : v. art. 2, comma 1, lett. c) T.U.

«...influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata»

Requisiti società “*in house*” nella giurisprudenza comunitaria: Corte di Giustizia

□ **Caso “Teckal”** (1999): società consortile partecipata da diversi comuni italiani affidataria diretta del servizio di riscaldamento di edifici comunali.

➤ Si può evitare la gara se:

- l'ente locale esercita sulla società **un controllo analogo** a quello che esercita sui propri servizi
- la società esercita la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti controllanti

Controllo “analogo”

- Equiparazione società *in house* a un “**ufficio interno**” dell’amministrazione affidante
- «Alterità» formale, non sostanziale, tra società affidataria ed ente affidante
- Caso “**Stadt Halle**” (2005):
 - incompatibilità controllo analogo con partecipazione privata anche minoritaria
 - controllo analogo diverso dal controllo societario (art. 2359 c.c.): è **controllo pubblico del 100 % del capitale sociale**

Inammissibilità soci privati

- Caso “Modling” (2005): la società era partecipata in via totalitaria dall’ente pubblico ma, dopo l’affidamento diretto, cessione ai privati di una quota del 49%.
- Caso “Parking Brixen” (2005): *ex* azienda speciale del comune di Bressanone trasformata in s.p.a. a totale partecipazione pubblica:
 - **programmata apertura al capitale privato ed espansione attività con piena autonomia decisionale degli amministratori ...**

Controllo pubblico «totalitario» non è sufficiente....

- **Caso “Carbotermo”** (2006): società controllata indirettamente dal Comune di Busto Arsizio mediante società-holding (in cui il Comune ha il 99,98% e altri 6 comuni hanno lo 0,2%)
- **Non sussiste il controllo analogo** perché:
 - i poteri di gestione del consiglio di amministrazione della società sono troppo ampi ...
 - ... nessun potere di controllo o di intervento sulla gestione è previsto per il socio pubblico ...

Ammissibilità soci privati

- **Direttive europee sugli appalti del 2014** ammettono partecipazione dei privati al capitale della società *in house*, purché:
 - prevista dalla **legge**
 - con quota **minoritaria**, non di controllo
 - **senza poteri di veto o di influenza determinante** sulla gestione della società
- V. parere Consiglio di Stato 8.11.2018 su una società *in house* costituita dalla Regione Piemonte, che opera nel settore del turismo

Caso Piemonte: società *in house* di promozione turistica

- **Società consortile a responsabilità limitata** a prevalente capitale pubblico, costituita con legge regionale del 2016
- **Attività di supporto** alla Regione nella promozione turistica
- La **legge regionale** prevede la possibile partecipazione di soggetti privati
- Legge regionale è sufficiente? Oppure occorre la previsione in una **legge nazionale**? Cfr. T.U. e Codice contratti pubblici: contrasto di norme?

Caso Piemonte: società *in house* di promozione turistica

- ❑ Lo statuto della società *in house* prevede:
 - possono partecipare anche **soggetti privati**, purché **individuati con gara pubblica**
 - **limite quantitativo**: 1/3 del capitale sociale
 - **limite qualitativo**: nessun potere di veto o di influenza determinante
 - riserva **maggioranza del capitale a soggetti pubblici**
- ❑ Consiglio di Stato riconosce i requisiti dell'*in house*: la partecipazione privata è minoritaria e prevista per legge (sia pure legge regionale)

Diverse configurazioni del controllo analogo

- ❑ **Controllo individuale pubblico totalitario:** influenza determinante da parte di un unico ente pubblico affidante (socio al 100%)
- ❑ **Controllo individuale pubblico maggioritario:** influenza determinante da parte di un unico ente pubblico affidante (socio di maggioranza)
- ❑ **Controllo individuale pubblico indiretto:** tramite una società intermedia (*holding*) partecipata al 100% = «*in house* a cascata»
- ❑ **In house «verticale invertito»** oppure ***in house* «orizzontale»** (cfr. Linee Guida n. 7 ANAC, 2017)

Problemi di compatibilità del controllo analogo con il diritto societario

- **Influenza «determinante» del socio pubblico:** diversa dai tradizionali poteri spettanti al socio in base al diritto societario
- Come si concilia con l'art. 2380 bis in tema di s.p.a.? **A chi spetta la gestione della società?**
- Art. 1, comma 3, T.U. società pubbliche:
 - *«per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato»*

Deroghe al diritto societario

- ❑ Art. 16, comma 2, T.U. società pubbliche:
 - gli **statuti** delle società per azioni possono contenere **clausole in deroga all'art. 2380 bis**
 - gli **statuti** delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente pubblico socio di **particolari diritti in tema di amministrazione** ai sensi dell'art. 2468, comma 3°, c.c.
 - è possibile concludere, tra gli enti pubblici soci, appositi **patti parasociali** anche di durata superiore ai 5 anni, in deroga all'art. 2341 *bis* c.c.

Strumenti di diritto societario per il controllo analogo

- **Clausole di intrasferibilità** della partecipazione o sindacati di blocco per impedire l'ingresso di privati
- **Poteri di ingerenza del socio sulla gestione:**
 - a) diritti particolari relativi all'amministrazione attribuibili al socio di s.r.l.: nomina dell'amministratore, veto su operazioni gestorie
 - b) poteri di autorizzazione preventiva su certe operazioni da parte dell'assemblea dei soci (s.p.a.)
 - c) poteri di controllo e di indirizzo del socio
- **Cfr. Linee Guida dell'ANAC (§ 6.3.1. e 6.3.2.)**

Organi societari «atipici»?

- Previsione di **ORGANI amministrativi ATIPICI**:
 - a) comitati di controllo analogo (composti da rappresentanti degli enti pubblici soci) con poteri di indirizzo e di controllo;
 - b) funzionario delegato dell'ente pubblico socio con compiti di controllo sulla gestione del servizio
- **CRITICHE a queste prassi**:
 - ipotesi *a*): dubbia compatibilità con il diritto societario: non si può derogare al sistema di amministrazione della società
 - ipotesi *b*): una cosa è il controllo sul servizio, altra cosa il controllo sulla gestione della società

Commissioni per il controllo analogo

- **Organi «esterni» alla società** composti dai rappresentanti degli enti pubblici affidanti
- Esercitano dall'esterno i **poteri di controllo analogo**: v. legge regionale sarda 6.12.2017 sulla gestione del servizio idrico integrato
- **Commissione per il controllo analogo**:
 - 4 componenti nominati dai sindaci dei Comuni che affidano il servizio e sono soci del gestore unico (Abbanoa s.p.a.)
 - 1 componente nominato dalla Regione

Controllo mediante patti parasociali

- **Sindacati di gestione**: accordi tra soci per impartire direttive all'organo amministrativo
- Discussa la legittimità di tali accordi. **Sono vincolanti per l'organo amministrativo?**
- Vi possono aderire gli amministratori?
- Le **decisioni** dell'organo amministrativo sono **valide anche se in contrasto con le direttive?**
- Viene espressamente regolata solo **la durata del patto che può essere superiore a 5 anni.**

Controllo analogo “congiunto”

- ❑ **Corte di Giustizia UE: casi “Tragsa” e “Coditel Brabant”** (2007 e 2008): il controllo sulla società affidataria può essere esercitato anche da più enti pubblici congiuntamente
- ❑ **Corte di Giustizia UE: caso “Econord”** (2012):
 - ciascun ente deve partecipare sia al capitale sia agli organi direttivi della società affidataria;
 - gli enti possono decidere «a maggioranza» sugli indirizzi e le direttive strategiche da trasmettere alla società *in house*

Controllo congiunto: direttive UE e Codice dei contratti pubblici (art. 5, co. 5)

- **rappresentanza di tutti gli enti pubblici affidanti negli organi decisionali** (oppure singoli rappresentanti comuni a più enti)
- **esercizio congiunto influenza determinante** sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società *in house*
- la società *in house* **non deve perseguire interessi contrari** a quelli degli enti affidanti

Controllo analogo congiunto nella giurisprudenza recente

□ Cons. Stato 24.10.2017, n. 4902

- la partecipazione di tutti gli enti affidanti al capitale: anche con **quote ultraminoritarie (0,1%)**
- la partecipazione agli organi decisionali **o direttamente oppure tramite la partecipazione «a cordate di soci»** (es. voto di lista o sindacati di voto)
- numero amministratori da nominare spesso inferiore a quello degli enti partecipanti: pertanto è sufficiente **un rappresentante comune a più enti**

Controllo analogo congiunto nella giurisprudenza recente

□ Cons. Stato 15.1.2018, n. 182:

- può essere esercitato dagli enti affidanti anche «**deliberando a maggioranza**», senza verifiche sulla posizione del singolo ente
- sono necessari poteri di ingerenza superiori a quelli tipici del diritto societario
- indispensabile la **sottoposizione** delle **decisioni più significative al vaglio preventivo** della totalità degli enti pubblici soci