

COMMISSIONI CONGIUNTE AFFARI COSTITUZIONALI DEL SENATO DELLA REPUBBLICA E BILANCIO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI

AUDIZIONE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

AVV. FILIPPO ARENA

CAPO DI GABINETTO

nell'ambito dell'esame dello "Schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"

Onorevoli Presidenti, Onorevoli Senatori e Deputati,

il tema oggetto dell'audizione è di grande interesse per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e ciò non solo per le nuove competenze che le sono attribuite dalle disposizioni dello schema di decreto legislativo in via di approvazione, ma anche per la particolare attenzione che nel corso degli ultimi anni l'Autorità ha riservato alla necessità di semplificare il settore delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche per gli evidenti risvolti che essa comporta ai fini dell'esercizio della libertà di iniziativa economica privata.

Desidero, in primo luogo, esprimere il più sentito apprezzamento dell'Autorità per la delega contenuta negli articoli 16 e 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. Legge Madia) che, per la prima volta, ha previsto un organico riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, *"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"* (art. 18, co. 1).

L'importanza per la ripresa dell'economia del nostro Paese, della riforma della Pubblica amministrazione in atto e, in particolare, della riforma delle partecipazioni pubbliche è stata peraltro anche messa in rilievo dalla Commissione europea che, nel *Country report* 26 febbraio 2016, ha espresso un giudizio positivo sull'intero impianto della riforma in esame, segnalando al contempo il rilievo che assumerà la fase di implementazione delle norme approvate dal Parlamento.

Negli ultimi anni, del resto, l'Autorità è intervenuta in più occasioni con interventi di *advocacy* finalizzati, in generale, a segnalare la necessità di recidere i "nodi gordiani" che rendono l'amministrazione e l'assetto istituzionale troppo spesso incompatibili con le esigenze dei mercati e della crescita; e, più in particolare, a indirizzare il legislatore a una revisione dei settori dei servizi pubblici locali e delle società pubbliche, consapevole del fatto che tali settori sono di importanza cruciale per il rilancio dell'economia

Già nel 2012, l'Autorità evidenziava l'importanza rivestita dal funzionamento di fondamentali infrastrutture del mercato affinché l'apertura dei mercati e l'introduzione dei meccanismi concorrenziali possano pienamente produrre le loro conseguenze in termini di stimolo alla crescita e di aumento del benessere del consumatore. In particolare, si rilevava come una pubblica amministrazione efficiente, un'architettura istituzionale in cui la ripartizione delle competenze tra i diversi livelli territoriali di governo tenga conto delle dinamiche del mercato e non dissemini invece i poteri di veto, la certezza del diritto ed il pieno rispetto della legalità, siano le precondizioni indispensabili per rendere funzionanti i mercati, attrarre nuovi operatori e investimenti, rendere effettiva la concorrenza e, in conclusione, favorire la ripresa della crescita economica (AS988 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013).

Per quanto attiene specificamente il tema oggetto della presente audizione, non è inutile ricordare come la disciplina delle società pubbliche sia stata caratterizzata da continui interventi legislativi, spesso non omogenei tra loro, rispetto ai quali anche le decisioni giurisprudenziali non hanno svolto l'auspicato ruolo chiarificatore. Tale stratificazione normativa ha reso difficoltosa l'individuazione sia delle norme applicabili ai singoli casi, sia degli obiettivi politici ed economici che si intendevano perseguire, contribuendo certamente ad aumentare il già elevato grado di confusione sulla disciplina normativa applicabile in materia di società pubbliche.

Come noto, inoltre, il quadro delle società partecipate da amministrazioni pubbliche ad oggi si presenta particolarmente critico.

Dall'analisi dei dati contenuti nella relazione Istat 2015 e nella relazione della Corte dei conti attualmente ci sono quasi 8.000 organismi attivi (anche diversi dalle società) a partecipazione pubblica, di cui circa 5.000 sono società a partecipazione pubblica (con netta prevalenza delle società partecipate da enti territoriali),

Avendo riguardo alle sole società partecipate dagli enti territoriali, la relazione della Corte dei Conti per l'anno 2015 individua che la maggioranza delle società

(64%) svolgono attività strumentali, a fronte di una percentuale minoritaria di società (36%) che svolgono attività di servizio pubblico. Inoltre, la stessa relazione segnala che con riferimento al totale degli organismi osservati, emerge la netta prevalenza di affidamenti *in house*, mentre le gare con impresa terze e gli affidamenti a società miste risultano essere un numero marginale (90 e 366 su un totale di 26.324)

In tale contesto, l'Autorità ha sottolineato come, al fine di consolidare e rendere efficace il piano di razionalizzazione delle società esistenti (in termini di numero e competenze), fosse necessario un intervento di semplificazione e riconduzione ad unità del quadro normativo sia per esigenze di certezza del diritto, decisive per l'operatività delle imprese interessate – le quali costituiscono un elemento spesso imprescindibile nella crescita e nello sviluppo economico del Paese, operando in settori strategici, quali energia, trasporti, infrastrutture –, sia per correggere alcune patologie idonee a pregiudicare la concorrenza e la spesa pubblica.

Lo Schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica si pone, pertanto, pienamente in linea con gli interventi dell'Autorità in materia di semplificazione del settore delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche.

L'importanza che tale testo unico riveste, del resto, non è limitata alla circostanza, già di per sé assai rilevante, della riconduzione a un unico corpus normativo della disciplina delle società pubbliche, ma anche al fatto che l'attuazione della delega legislativa sia stata ricondotta alle prioritarie esigenze di certezza del diritto, di chiarezza normativa, di semplificazione e dei principi di tutela e promozione della concorrenza.

Accanto a tali obiettivi generali del riordino normativo, meritano di essere richiamati i criteri direttivi che introducono misure volte a favorire la gestione corretta ed efficiente delle società a partecipazione pubblica e, in generale la trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa. Tra tali criteri, assumono particolare rilevanza, come rilevato anche dal Consiglio di Stato: la precisazione dell'ambito di applicazione della disciplina; l'indicazione dei tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica; la previsione di condizioni e limiti per la costituzione, acquisizione o mantenimento delle partecipazioni pubbliche; il rafforzamento degli oneri motivazionali posti a presidio della scelta di costituire società a partecipazione pubblica; l'introduzione di stringenti obblighi di dismissione nei casi in cui le partecipazioni societarie già detenute non siano inquadrabili nelle categorie previste dallo stesso decreto; l'introduzione della

struttura competente per il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del decreto.

Posta questa premessa di carattere generale, quanto al contenuto dei singoli articoli, l'Autorità sottopone all'attenzione della Commissione alcune considerazioni.

Con riferimento ai tipi di società cui è ammessa la partecipazione pubblica, lo schema di TU (art. 3) prevede che le amministrazioni pubbliche possano partecipare esclusivamente a società costituite in forma di società per azioni e di società a responsabilità limitata.

Sul punto, l'Autorità ritiene di dover condividere le osservazioni formulate nel parere dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato in ordine all'esigenza valutare, per fini di chiarezza, l'opportunità di inserire una norma che, in linea con quanto previsto dalla legge delega, distingua le società partecipate da pubbliche amministrazioni in società a partecipazione pubblica, società quotate, società a controllo pubblico, società strumentali e società *in house*, indicando per ciascuna tipologia le norme del decreto applicabili.

L'art. 4 del TU, rappresenta, insieme al successivo art. 5, una delle norme cardine dell'intero nuovo sistema legislativo, prevedendo le condizioni e i limiti per la costituzione di società a partecipazione pubblica, diretta o indiretta, ovvero per l'acquisizione e il mantenimento di partecipazioni.

Il primo comma della disposizione in questione reca un chiaro e stringente vincolo di scopo, stabilendo 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, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”*.

Accanto a questo vincolo di scopo, il legislatore delegato affianca un vincolo di attività laddove ha previsto che le amministrazioni pubbliche, nei limiti del vincolo di scopo, possono costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società “esclusivamente” per lo svolgimento di alcune attività espressamente elencate dal testo unico. Tra queste, la lettera d) ammette l'attività di *“autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento”*. Anche riguardo a tale profilo, si ritiene di dover condividere i rilievi formulati dal Consiglio di Stato in merito alle criticità che il testo della norma presenta in relazione all'ambito applicativo e alla valenza del vincolo di attività. Sotto il primo profilo, infatti, non è chiaro se rientrino nell'ambito di applicazione della norma soltanto le società *in house* oppure vi rientrino anche le società strumentali; mentre sotto il secondo profilo non è

chiara la portata del vincolo di attività con riferimento ai due tipi di società. Sul punto, pertanto, si ritiene opportuno un chiarimento da parte del legislatore delegato.

L'articolo 5 del TU prevede in capo alla pubblica amministrazione un onere di rafforzata motivazione dell'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. In particolare, il comma 1 della citata disposizione stabilisce che *“l'atto deliberativo ... deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4, evidenziando altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato”*.

L'atto deliberativo dell'amministrazione partecipante è sottoposta al controllo preventivo della Corte dei conti e deve essere trasmesso all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *“che può utilizzare i poteri di cui all'articolo 21 bis della legge n. 287 del 1990”*.

In questo modo, è riconosciuta facoltà all'Autorità di impugnare gli atti deliberativi di costituzione di una società a partecipazione pubblica o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite, ove sia rilevabile una violazione diretta delle norme a tutela della concorrenza e in caso di mancato adeguamento al parere motivato previamente espresso.

Sul punto, osservo che lo strumento dell'art. 21 bis della legge n. 287/1990, introdotto nel 2012, nell'esperienza sin qui maturata, ha avuto un impatto sicuramente positivo nell'interlocuzione dell'Autorità con le amministrazioni destinatarie dell'intervento: in oltre il 50% dei casi, infatti, le amministrazioni si sono adeguate alle indicazioni contenute nel parere dell'Autorità senza la necessità, dunque, di adire il giudice amministrativo.

L'art. 6, comma 1, nel disciplinare i principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico prevede, laddove tali società svolgano attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, una esplicita deroga all'obbligo di separazione societaria previsto dall'art. 8, comma 2-bis, della l. n. 287/90.

Secondo quanto previsto da quest'ultima norma, grava un obbligo di separazione societaria su tutte le imprese che per disposizioni di legge esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, siano esse a controllo pubblico o a controllo privato, laddove tali imprese *“intendano svolgere attività in mercati diversi”*.

La *ratio* della norma è quella di evitare che l'impresa che sia affidataria diretta in virtù di diritti speciali o esclusivi possa esportare i vantaggi derivanti da tale affidamento in un mercato diverso in cui compete con altri operatori economici (il fenomeno dei cosiddetti sussidi incrociati).

Se tale è il fondamento della disposizione in questione, il mantenimento della stessa appare difficilmente coniugabili con la previsione di cui all'art. 6, comma 1, del TU.

In merito, è stato evidenziato che un'eventuale deroga all'obbligo di separazione societaria di cui al comma 2-*bis* dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 deve operare allo stesso modo nei confronti di società pubbliche e private al fine di evitare non ragionevoli differenziazioni di trattamento.

In proposito, si rileva che la parità di trattamento si può ottenere o lasciando vigente l'attuale obbligo di separazione societaria previsto dal comma 2-*bis* dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (in tal caso andrebbe eliminato il comma 1 dell'art. 6 dello schema di decreto) oppure estendendo l'obbligo di contabilità separata alle società private (in questo caso andrebbe modificato l'art. 8, comma 2-*bis*, della legge n. 287/1990, nel senso di prevedere per tutte le imprese, siano esse pubbliche o private, unicamente un obbligo di separazione contabile, ferme restando quelle norme speciali che in particolari settori impongono il rispetto di una separazione societaria). Si rappresenta tuttavia che la percorribilità della modifica da ultimo indicata va verificata anche alla luce dell'estensione della delega legislativa.

Per quanto attiene l'ambito soggettivo di applicazione dell'obbligo di separazione, il Consiglio di Stato sottopone, inoltre, al Governo l'opportunità di chiarire che nei casi in cui i diritti speciali o esclusivi siano stati riconosciuti secondo modalità da assegnare ad essi valenza "non di privilegio" (ad esito di gara ovvero quale forma di compensazione rispetto agli obblighi di servizio di interesse economico generale imposti dalla società pubblica) il principio di separazione non dovrebbe operare.

Sotto tale profilo giova precisare che la soluzione indicata dal Consiglio di Stato è proprio quella fatta propria dall'Autorità nell'esperienza maturata dalla stessa negli anni di applicazione della norma. L'impostazione interpretativa da ultimo seguita, infatti, esclude dall'ambito di applicazione dell'art. 8, co. 2-*bis*, le imprese che esercitano la gestione di tali servizi ad esito di una procedura ad evidenza pubblica, di cui sono risultate aggiudicatarie; ciò al fine di evitare che l'onere della separazione societaria venga imposto anche nei casi in cui il rischio di sussidi incrociati nei mercati aperti alla concorrenza non appare sussistere.

Alcune considerazioni devono essere svolte in merito alla disciplina delle società *in house*, dettata dall'art. 16 del TU, affinché questa sia coerente rispetto ai limiti

fissati dall'ordinamento dell'Unione europea e armonizzata con gli interventi normativi relativi ai contratti pubblici (art. 5 d.lgs. n. 50/2016) e ai servizi pubblici locali (art. 7 dello schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di servizi pubblici locali).

Si ritiene, infatti, che il coordinamento delle discipline debba avere riguardo alla ricostruzione dei requisiti identificativi e all'eventuale scelta in ordine alla qualificazione del sistema di affidamento in house come sistema eccezionale rispetto al ricorso al mercato. Ne deriva che, ferme restando le specifiche prescrizioni imposte dal diritto europeo, la scelta di non esternalizzare l'attività deve essere rigorosamente motivata dall'ente affidante che deve dare conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e del fatto che tale scelta sia più vantaggiosa per i cittadini, anche con riferimento a una servizi di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Sempre al fine di garantire la chiarezza normativa, sarebbe opportuno modificare il comma 1 dell'art. 16, il quale, riprendendo il contenuto dell'art. 12 della direttiva n. 2014/24/UE, individua le condizioni che devono essere soddisfatte affinché la società in house possa essere partecipata anche da soci privati. Come noto, il primo dei requisiti previsti dalla normativa europea è che tali partecipazioni siano "prescritte" da disposizione legislative nazionali. Diversamente, l'articolo in commento fa riferimento alle eccezioni che "prevedono" la partecipazione dei privati. Tale aspetto merita di essere chiarito.

In merito, infine, alle disposizioni relative alla razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche (art. 20) e alla revisione straordinaria delle partecipazioni (art. 25), il Consiglio di Stato nel proprio parere ha rilevato la necessità che i documenti ivi richiamati siano trasmessi, oltre che alla Corte dei Conti, anche all'Autorità garante della concorrenza e del mercato con finalità di vigilanza sui due processi di razionalizzazione e di revisione straordinaria.

Qualora si ritenga di accogliere tali osservazioni si propone di prevedere che la trasmissione dei suddetti documenti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è finalizzata all'eventuale esercizio dei poteri di cui all'art. 21-*bis* della legge n. 287 del 1990.

A tale fine, si suggerisce di introdurre una previsione analoga a quella prevista nell'attuale bozza dei testi per la Corte dei Conti, richiamando l'art. 5 comma 5 che attualmente prevede che "Successivamente l'amministrazione invia l'atto deliberativo [della costituzione di una società o dell'acquisto di una partecipazione] all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può utilizzare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287".

L'art. 20, comma 4 potrebbe essere modificato con la parte in grassetto (o con l'alternativa in corsivo): "4. In caso di adozione del piano di razionalizzazione, entro il 31 dicembre dell'anno successivo le pubbliche amministrazioni approvano una relazione sull'attuazione del piano, evidenziando i risultati conseguiti, e la trasmettono alla struttura di cui all'articolo 15, alla sezione di controllo della Corte dei conti competente ai sensi dell'articolo 5, comma 4 e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato competente ai sensi dell'art. 5, comma 5".

L'art. 25, comma 3, parimenti potrebbe essere modificato nel seguente modo: "3. Il provvedimento di ricognizione è inviato alla sezione della Corte dei conti competente ai sensi dell'articolo 5, comma 4, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato competente ai sensi dell'art. 5, comma 5, [*o "che può utilizzare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287"*]. nonché alla struttura di cui all'articolo 15, perché verifichi il puntuale adempimento degli obblighi di cui al presente articolo, anche ai fini dell'eventuale esercizio dei poteri di cui al comma 6 dello stesso articolo.

Ove, infatti, si ritenesse di coinvolgere l'Autorità, in funzione di vigilanza, anche nelle fasi di razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche e di revisione straordinaria delle partecipazioni, appare senz'altro opportuno un chiarimento, in merito alla possibilità di esercitare anche in tali contesti i poteri di cui al citato art. 21-bis, e ciò a al fine di evitare l'insorgere di dubbi di sorta che potrebbero derivare dalla mancata esplicitazione del citato richiamo normativo.