

Schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica

Documento Ance

Commissioni congiunte Bilancio della Camera dei
Deputati e Affari costituzionali del Senato della
Repubblica

13 giugno 2016

Il Parlamento, con l'adozione della legge delega n. 124/2015, ha fissato principi, largamente condivisibili, in materia di riorganizzazione della pubblica amministrazione, ed orientati ad una maggiore semplificazione e trasparenza.

In attuazione dell'articolo 18 della cennata Legge Delega, il Consiglio dei Ministri ha approvato il 20 gennaio 2016, in via preliminare, lo schema del nuovo D.lgs. in materia di società a partecipazione pubblica.

I principi ed i criteri direttivi della Legge Delega in questa materia sono sempre quelli di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza.

Appare opportuno ricordare che la disciplina attuale è il risultato di numerosi interventi normativi di carattere speciale che si sono sovrapposti alla disciplina prevista nel Codice Civile. Soprattutto negli ultimi anni, la necessità di assicurare la tenuta dei conti pubblici ha reso necessarie misure di contenimento e di controllo finanziario sulle società a partecipazione pubblica. Misure che sono state spesso inapplicate ed hanno contribuito a rendere il quadro normativo piuttosto complesso e disorganico.

In questo contesto, va espresso apprezzamento alla volontà di razionalizzare e ridurre le partecipazioni pubbliche, e di mantenerle, tra l'altro, entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, con applicazione di tali principi in maniera anche retroattiva.

Secondo gli ultimi dati diffusi dalla Corte dei Conti (giugno 2015) gli organismi partecipati dalle amministrazioni pubbliche sono poco meno di 8.000. In particolare, sono 64 le società partecipate dallo Stato, di cui 32 direttamente e 32 indirettamente, e 7.684 quelle partecipate da Regioni ed enti locali, di cui 5.938 direttamente e 1.130 indirettamente.

Dati recentemente forniti dal Tesoro hanno individuato, al 31 dicembre 2014, 8.893 organismi partecipati. Si tratta, in ogni caso, di numeri troppo elevati. Basti considerare che in Francia le partecipate locali sono solo un migliaio.

Inoltre, si accolgono con favore le misure volte ad incrementare l'efficienza e la concorrenza nella gestione di tali organismi. Una maggiore apertura al mercato potrà, infatti, costituire un importante stimolo agli investimenti, sempre più bloccati dall'assenza di risorse pubbliche e dagli sprechi e le inefficienze che caratterizzano le gestioni esistenti, contribuendo a favorire la crescita economica.

Al riguardo, lo schema di Codice si muove nella direzione auspicata. Al tempo stesso, alcuni profili necessitano di taluni correttivi, indispensabili, però, per garantire il pieno rispetto della concorrenza negli affidamenti effettuati alle società a controllo pubblico.

ASPETTI POSITIVI

In questo quadro, risultano apprezzabili i contenuti dell'articolo 4 dello schema di decreto che – in linea con l'art. 18, comma 1, lett. m) punto 1 della Legge Delega – giustifica il **ricorso alle società partecipate** principalmente con **finalità istituzionali e di interesse generale**. In questo modo vengono limitati gli ambiti dell'intervento pubblico per lo più ai casi di fallimento del mercato, in cui determinate attività necessarie alla collettività non possono essere svolte senza l'intervento pubblico, lasciando al regolare funzionamento del mercato quelle che, al contrario, possono

essere svolte più efficientemente dai soggetti privati. Allo stesso modo appare apprezzabile il **rafforzamento degli obblighi motivazionali**, previsto all'articolo 5, ai quali le amministrazioni pubbliche devono attenersi per la costituzione o il mantenimento delle partecipazioni societarie. La motivazione non deve attenersi esclusivamente a ragioni di legittimità dello strumento ma anche di convenienza economica, di sostenibilità finanziaria e di opportunità. Inoltre, la scelta deve tener conto del rispetto dei principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, nonché, con riferimento agli aspetti finanziari, alle norme dei trattati europei e alla materia degli aiuti di Stato alle imprese.

Inoltre, l'Ance esprime apprezzamento per il contenuto dell'art. 17 che per le società a partecipazione mista pubblica e privata conferma un principio cardine della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici. Nel caso di società miste costituite per la realizzazione e gestione di un'opera o servizio pubblico o di pubblica utilità, la scelta del socio privato, che partecipa alla realizzazione/gestione, deve avvenire mediante **"gara a doppio oggetto"**, ovvero mediante una gara che tenga conto, allo stesso tempo, della sottoscrizione del capitale della società e delle qualifiche necessarie per la realizzazione/gestione dell'opera/servizio.

Infine, appaiono positive le misure volte a razionalizzare il sistema delle società partecipate. Con l'art. 25, infatti, si dà avvio ad un **"Piano straordinario di razionalizzazione"**, affidato al Ministero dell'economia, che coinvolgerà le partecipazioni che in base alla nuova disciplina non sono più consentite; le società prive di dipendenti o con un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; quelle che svolgono attività simili; quelle con fatturato nel triennio precedente inferiore a un milione di euro; quelle che non gestiscono servizi pubblici locali e hanno conseguito un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti. Accanto a tale disposizione, l'art. 20 prevede un meccanismo di **"razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche"**, in base al quale ogni anno le Pubbliche amministrazioni effettuano una ricognizione per verificare la coerenza delle proprie partecipazioni societarie con le norme del decreto e, in caso contrario, procedere alla loro razionalizzazione.

ASPETTI CRITICI

Art. 4, comma 3 – Possibilità per le amministrazioni pubbliche di creare società al fine di valorizzare il proprio patrimonio immobiliare

Si segnala la disposizione, contenuta all'articolo 4 comma 3, relativa alla possibilità di derogare ai limiti posti per la costituzione di società pubbliche o partecipazione in società, per operazioni di valorizzazione di beni immobili di proprietà pubblica.

Secondo tale principio, le amministrazioni pubbliche possono apportare al capitale di una società propri beni immobili per la realizzazione di un investimento al pari di un qualsiasi soggetto privato.

Alla luce di quanto contenuto nella norma in commento, l'Ance, al fine di evitare successivi dubbi interpretativi, ritiene opportuno evidenziare la necessità di inserire criteri di trasparenza nella scelta del partner privato, nonché il rinvio a metodiche consolidate e attendibili relativamente all'opportunità dell'investimento, nel principio della tutela dell'interesse pubblico e della collettività.

Inoltre, sarebbe opportuno limitare tali operazioni a immobili funzionalmente e fisicamente collegati con l'ambito territoriale coinvolto in un processo di trasformazione

urbana che, in assenza dell'immobile in questione, non potrebbe essere realizzato o comunque potrebbe esserne penalizzato.

Tutto ciò anche per evitare che l'attuale formulazione della norma possa essere in contrasto con l'obiettivo di contenere il proliferare di società pubbliche o partecipate, come peraltro evidenziato dal Consiglio di Stato.

Pertanto, appare necessario un intervento correttivo da parte del legislatore nel senso auspicato dall'Ance.

Art. 7 – Costituzione di società a partecipazione pubblica

Il comma 5 dell'articolo in commento prevede che, nel caso in cui sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati, questi sono previamente individuati mediante l'espletamento di procedure aperte o di procedure competitive con negoziazione.

Al riguardo, si ritiene opportuno che la disposizione precisi che la scelta del socio debba avvenire attraverso l'espletamento di gare con procedure aperte o ristrette, anziché di quelle competitive con negoziazione.

In assenza di tale precisazione, infatti, nel caso, ad esempio, di società che possono realizzare lavori pubblici, l'ingresso di un socio privato all'interno della società stessa, laddove ottenuto senza l'espletamento di un aperto confronto concorrenziale, consentirebbe a tale socio privato di acquisire, in via diretta, lavori. Questo rappresenta una misura di *favor* per pochi soggetti, che, poi godendo di tale vantaggio a monte, possono, in quanto tali, agire sul mercato aperto, alterando il principio di par condicio e di massima concorrenza, a discapito degli operatori economici che non godono di tali vantaggi.

Tale precisazione, appare altresì opportuna atteso che, all'articolo 4, comma 2, lett. c) del medesimo D.lgs, si precisa che le società a controllo pubblico possono agire anche in regime di partenariato, per la realizzazione e gestione di un'opera, selezionando il partner privato con le modalità di cui al comma 5 dell'articolo 7.

Art. 16 - Società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici

La disposizione, al primo comma, prevede che, nelle società a controllo pubblico titolari di contratti pubblici ricevuti in affidamento diretto, non vi debba essere alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di quelle previste da norme di Legge che non comportino controllo o potere di veto e che non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Ciò premesso, a livello europeo, la codificazione delle regole che legittimano il fenomeno "l'in house" è avvenuta con l'adozione delle nuove direttive UE in materia di appalti e concessioni (e, rispettivamente, con l'articolo 12 della direttiva 2016/24/UE in materia di appalti nei settori, ordinari, con l'art. 28 della direttiva 2016/25/UE in materia di appalti nei settori speciali, e con l'art. 13 della direttiva 2016/23/UE in materia di concessioni).

Per quanto concerne il requisito dell'apertura al capitale privato all'interno della società controllata, il considerando 32 della direttiva 2014/24/UE specifica che ciò può

verificarsi soltanto in alcuni casi determinati, in cui la partecipazione di determinati operatori economici sia stata **prescritta** da una specifica disposizione normativa.

Da ciò emerge chiaramente che, nelle intenzioni del legislatore comunitario, le forme di partecipazione privata non devono essere semplicemente autorizzate da un provvedimento normativo generale ed aspecifico, ma devono essere rese necessarie, caso per caso, da una specifica disposizione di legge ed accompagnate da una congrua motivazione.

Al fine, quindi, di garantire una piena conformità della disposizione nazionale al dettato comunitario, appare opportuno, al posto del verbo “prevedere”, l'utilizzo del verbo “prescrivere”, più idoneo ad indicare che la partecipazione privata non debba essere solo astrattamente prevista dalla legge, ma specificatamente prescritta in relazione a ciascuna fattispecie che motivi concretamente le ragioni di tale apertura.

Ciò in piena aderenza con quanto previsto dal parere del Consiglio di Stato reso sul D.lgs. in oggetto.

Ciò fermo restando la procedura prevista all'articolo 17 (gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato).

Per tali ragioni, sarebbe opportuno apportare seguenti modifiche:

All'articolo 16, comma 1, sostituire la parola “prevista” con “prescritta”;

In questo contesto, è infine opportuno sottolineare che i primi 3 commi dell'articolo 16 in commento recepiscono il contenuto dell'articolo 12 della Direttiva 2014/24/UE relativamente agli affidamenti diretti da parte delle amministrazioni a società controllate.

Il contenuto di tale articolo 12, tuttavia, ha già trovato una collocazione nell'ordinamento interno con l'adozione del D.lgs. n. 50/2016, che ha recepito le nuove direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni, compresa la materia degli affidamenti diretti a società controllate, ora disciplinata dall'articolo 5 del decreto.

Ciò posto, non può sottacersi che l'articolo 16, con i correttivi suggeriti in questa sede sembra recepire meglio le indicazioni del legislatore comunitario.