



Società partecipate dalle Regioni: le società in house

Osservatorio legislativo interregionale
Roma, giovedì 15 aprile 2010



Legge 241/1990

Art. 1 *Principi generali dell'attività amministrativa*

1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.

1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.

1-ter. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1.



Il fenomeno della partecipazione delle Regioni e degli Enti locali a società pubbliche è andato crescendo nel tempo

Motivi principali:

- Ricerca di nuove soluzioni organizzative
- Maggiore flessibilità gestionale
- Affidamenti diretti
- Gestione del personale
- Contributo al rispetto del patto di stabilità
- Vantaggi fiscali



Regole generali

- si applica il Libro V, titolo V del Codice civile
- è necessaria una costante attività di controllo sostanziale delle società partecipate finalizzato a:
 - avere cognizione delle scelte gestionali adottate
 - verificare il mantenimento dell'equilibrio economico e finanziario
- È possibile procedere ad affidamento diretto di lavori forniture e servizi solo se sussiste un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi interni



Tipologie delle società pubbliche con finalità diverse da quella dell'esercizio di attività di impresa con scopo lucrativo

- ❑ **Società alle quali vengono attribuite funzioni pubbliche**, es. Anas
- ❑ **Società in house**, diffuse soprattutto tra gli enti locali, che consentono l'affidamento diretto di servizi pubblici locali, in deroga alle procedure ad evidenza pubblica
- ❑ **Società che prestano servizi strumentali alle funzioni amministrative esercitate da autorità amministrative**, in particolare sono le società costituite da Regioni ed enti locali e oggetto della disciplina restrittiva del decreto Bersani



La disciplina legislativa delle società pubbliche

Presenta caratteri marcati di specialità rispetto a quella applicabile alle società commerciali contenuta nel codice civile

Tale fenomeno si è manifestato a partire dalla fine dell'800 e si svolge sino ai nostri giorni con una copiosa legislazione che ha inciso sia sui poteri dello Stato nella veste di azionista, sia sullo statuto delle società e sulla loro capacità di operare

La tendenza attuale è di definire i caratteri di specialità non in relazione a singole società pubbliche, ma a macrocategorie di esse



La disciplina legislativa delle società pubbliche

Nel corso degli anni sono aumentati gli interventi del legislatore volti a:

- limitare la partecipazione delle Regioni e degli enti locali al capitale di società commerciali
- regolamentare il fenomeno

Con l'obiettivo di:

- tutelare la concorrenza e il mercato
- perseguire obiettivi di finanza pubblica



La disciplina legislativa delle società pubbliche

D.L. 223/2006 (decreto Bersani) art. 13, in ultimo modif. dall'art. 48 della legge 99/2009: limiti alle società strumentali

Legge 296/2006 (legge finanziaria 2007) art. 1:

commi 587-591: pubblicazione delle informazioni sulle società partecipate
commi 725 – 730: limiti ai compensi degli amministratori e riduzione del loro numero

comma 734: curriculum professionale degli amministratori

D.Lgs. 163/2006, art. 32, co. 1, lett. c): assoggettamento alle norme del codice degli appalti



La disciplina legislativa delle società pubbliche

Legge 244/2007 (legge finanziaria 2008) art. 3:

commi 27 – 29: cessione delle partecipazioni non necessarie al
perseguimento delle finalità istituzionali

commi 30 – 32: trasferimento risorse e determinazione delle piante organiche

D.L. 112/2008, conv. con legge 133/2008:

art. 18: reclutamento del personale, affidamento di incarichi, limiti alla spesa
per il personale, estensione del Patto di stabilità

Art. 23 bis: affidamento dei servizi pubblici a rilevanza economica



La disciplina legislativa delle società pubbliche

Il legislatore italiano ha un atteggiamento di sfavore nei confronti dell'impresa pubblica che va oltre quanto richiesto dal diritto comunitario che invece assume un atteggiamento di completa neutralità tra proprietà pubblica e proprietà privata delle imprese

La specialità delle diverse categorie di società pubbliche le rende amministrazioni in senso proprio che applicano il codice civile



Le disposizioni legislative emanate in materia di società pubbliche negli ultimi anni evidenziano tre direttrici e finalità principali:

- 1) **Limiti all'operatività delle società pubbliche** per fini di moralizzazione del fenomeno: abuso di società pubbliche da parte degli enti locali, aumento del livello di spesa pubblica

art. 1 comma 729 Legge 296/2006 (Finanziaria 2007);
art. 3, commi 20 e 44 Legge 244/2007 (Finanziaria 2007)

- 2) **Fini antielusivi dei vincoli propri dell'organizzazione e dell'attività degli enti pubblici:** ricorso a società pubbliche per lo svolgimento di attività strumentali alla funzione pubblica gestibili all'interno delle amministrazioni, allo scopo di evitare lo statuto pubblicistico in tema di assunzioni e di procedure di evidenza pubblica

art. 18 DL 112/2008, conv. con legge 133/2008



3) **Deroghe allo statuto societario per evitare distorsioni alla concorrenza derivanti dalla presenza di società pubbliche sul mercato**

L'art. 13 decreto Bersani dispone che le società, a capitale interamente pubblico o misto, partecipate da Regioni ed enti locali per la produzione di beni e servizi strumentali:

- devono operare a favore degli enti, partecipanti, costituenti, affidanti
- non possono operare a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto, né con gara
- non possono acquisire partecipazioni in altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale
- sono ad oggetto sociale esclusivo



3) segue

I divieti del decreto Bersani si applicano ad un ambito più vasto dell'in house,
in quanto riguardano sia le società a partecipazione pubblica totalitaria,
che società miste

Sono escluse dai divieti solo:

- i servizi di committenza o le centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro o di amministrazioni aggiudicatrici amministrazioni statali, enti pubblici territoriali, enti pubblici non economici, organismi di diritto pubblico, associazioni unioni, consorzi costituiti da detti soggetti
- le società che gestiscono servizi pubblici locali



3) segue

La violazione dei divieti comporta la sanzione dell'illegittimità degli affidamenti extra moenia e della nullità dei contratti conclusi dopo l'entrata in vigore del decreto

La Corte costituzionale (326/2008 e 148/2009) ha respinto i ricorsi delle Regioni sottolineando la finalità di promozione della concorrenza e la proporzionalità delle misure



3) Segue

L'art 3, comma 27 della Legge 244/2007 (Finanziaria 2007) introduce **il divieto generalizzato per le pubbliche amministrazioni di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali né assumere o mantenere direttamente partecipazioni anche di minoranza in tali società**

Le delibere di assunzione o mantenimento di partecipazioni devono essere motivate in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27 e trasmesse alla Corte dei Conti

Entro il 31 dicembre 2010 le amministrazioni devono cedere le partecipazioni vietate con procedure ad evidenza pubblica



Art. 13 decreto Bersani e art. 3 comma 27 della legge 244/2007

L'ambito applicativo delle due disposizioni non è coincidente:

- **Profilo soggettivo:** l'art. 13 si riferisce alle società a capitale interamente pubblico o misto costituite dalle Regioni e dagli enti locali, mentre l'art. 3, comma 27 riguarda tutte le amministrazioni di cui all'art. 1 co. 2 del D.Lgs.165/2001, ivi compresi quindi i ministeri e gli enti pubblici statali
- **Profilo oggettivo:** L'art. 13 si riferisce a società che producono beni e servizi strumentali all'attività degli enti soci, mentre l'art. 3, comma 27 ammette solo i beni e servizi strettamente necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali delle amministrazioni. Si passa dalla strumentalità alla stretta necessità per fini istituzionali



Beni e attività strumentali

Sono quelli specificamente rivolti all'ente pubblico azionista e non già quelli di interesse generale erogati in luogo dell'ente indistintamente al pubblico, i quali ultimi costituiscono servizi pubblici locali



Attività strumentali e servizi pubblici: Cons. St. sez. V n. 1651/2010

L'art. 13 del decreto Bersani, nel porre un divieto di partecipazione alle gare pubbliche per le società strumentali degli enti locali, dispone: "... le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione dello loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali ... non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati ...".

La limitazione della legittimazione negoziale delle società strumentali si riferisce a qualsiasi prestazione a favore di soggetti terzi rispetto agli enti costituenti, partecipanti o affidanti, senza che a nulla rilevi la qualificazione di tali attività.

La qualificazione differenziale tra attività strumentali e gestione di servizi pubblici deve essere riferita non all'oggetto della gara, bensì invece all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa.

Il divieto di fornire prestazioni a enti terzi, infatti, colpisce le società pubbliche strumentali alle amministrazioni regionali o locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali, che esercitano attività d'impresa di enti pubblici: esso è posto al fine di separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto PA (Corte Cost. 328/2008).



Società strumentali

Sono caratterizzate da tre elementi:

- **totale partecipazione pubblica**
- **controllo analogo**
- **attività esercitata prevalentemente nei confronti dell'ente**



Società strumentali

quindi:

- non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara;
- non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale;
- devono avere un oggetto sociale esclusivo (*ciò non vuol dire che sono vietate le multiutilities, ma che l'oggetto sociale deve comprendere attività rivolte all'ente partecipante*)



Controllo analogo

È legittimo il ricorso all'affidamento in house allorché l'Amministrazione pubblica eserciti sull'ente istituito un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e detto ente svolga la parte più importante della sua attività al servizio dell'Amministrazione.

(Consiglio Stato , sez. V, 28 settembre 2009 , n. 5808)

E' sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione sociale di ogni singolo ente.

(Consiglio Stato , sez. V, 26 agosto 2009 , n. 5082)



Controllo analogo e capitale privato **Totale partecipazione pubblica al capitale societario**

La presenza nel capitale sociale di soci privati esclude in radice la configurabilità del requisito del controllo analogo, indispensabile per fare ricorso all'istituto dell'affidamento in house.

(Consiglio Stato , sez. V, 09 marzo 2009 , n. 1365)



Controllo analogo congiunto

Nel caso di affidamento in house, conseguente alla istituzione da parte di più enti locali di una società con capitale da essi interamente costituito per la gestione di un servizio pubblico, il controllo analogo deve intendersi assicurato anche se svolto non individualmente ma **congiuntamente** dagli enti associati, deliberando anche a maggioranza, ma a condizione che sia effettivo.

(Consiglio Stato , sez. V, 09 marzo 2009 , n. 1365)



Divieto di cessione a privati di quote societarie

Perché un affidamento in house della gestione di un servizio pubblico ad una società possa considerarsi legittimo non è sufficiente che l'ente pubblico abbia su detta società un controllo analogo e la disponibilità dell'intero suo capitale sociale, ma occorre anche che **lo statuto societario espressamente escluda che quote anche minoritarie di detto capitale possano essere cedute a soggetti terzi.**

(Consiglio Stato , sez. V, 03 febbraio 2009 , n. 591)



Svolgimento dell'attività prevalente a favore dell'ente pubblico conferente

In ragione del « controllo analogo » e della « destinazione prevalente dell'attività », l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'Amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'Amministrazione stessa

(T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 11 febbraio 2008 , n. 432)

La locuzione “parte più importante della sua attività” deve essere intesa in senso rigoroso. Qualora così non fosse, verrebbe sostanzialmente distorto il modello gestionale delineato a livello europeo, con conseguente elusione della normativa sul confronto concorrenziale e sulle procedure di scelta del contraente.

(Consiglio Stato , sez. II, 18 aprile 2007 , n. 456)



Strumenti di indirizzo e controllo

l'Ente non può limitarsi ad approvare il bilancio d'esercizio delle proprie partecipate, ma deve poter indirizzarne la gestione ed incidere sui risultati economici finanziari:

- è necessario creare un “sistema” analogo a quello previsto per l'Ente locale che preveda l'espressione di indirizzi di gestione alle società partecipate e controlli preventivi, concomitanti e successivi sulla loro attività e sui risultati ottenuti
- per fare ciò è necessario che l'Ente “controlli” la società partecipata (in caso di partecipazione di minoranza sono necessari idonei Patti Parasociali)



Strumenti di indirizzo e controllo

Il sistema dei controlli deve essere reso “strutturale” (Statuto, Patti Parasociali):

- i controlli devono essere effettivi e non formali (la Corte dei Conti non si accontenta che il sistema dei controlli sia stato adottato, ma richiede che sia fatto funzionare)
- i controlli devono essere programmati ed attuati
- deve essere sempre lasciata evidenza dei controlli effettuati



Compensi degli amministratori e numero dei componenti dei C.d.A.

L. 296/2006 (legge finanziaria 2007)

Art. 1. comma 730

“Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano adeguano ai principi di cui ai commi da 725 a 735 la disciplina dei compensi degli amministratori delle società da esse partecipate, e del numero massimo dei componenti del consiglio di amministrazione di dette società. L'obbligo di cui al periodo che precede costituisce principio di coordinamento della finanza pubblica.”



Pubblicazione degli incarichi

L. 296/2006 (legge finanziaria 2007)
Art. 1. comma 735

Gli incarichi di amministratore delle società di cui ai commi da 725 a 734 conferiti da soci pubblici e i relativi compensi **sono pubblicati nell'albo e nel sito informatico dei soci pubblici** a cura del responsabile individuato da ciascun ente. La pubblicità è soggetta ad aggiornamento semestrale. La violazione dell'obbligo di pubblicazione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria fino a 10.000 euro, irrogata dal prefetto nella cui circoscrizione ha sede la società. La stessa sanzione si applica agli amministratori societari che non comunicano ai soci pubblici il proprio incarico ed il relativo compenso entro trenta giorni dal conferimento ovvero, per le indennità di risultato di cui al comma 725, entro trenta giorni dal percepimento.



Reclutamento del personale e conferimento di incarichi

DL 112/2008, art. 18, comma 2

Le società a partecipazione pubblica totale o di controllo, diverse dalle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.



Reclutamento del personale

DL 112/2008, art. 18, comma 2 bis

Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del D.Lgs. 165/2001 divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle **società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo** che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'art. 1 della legge 311/2004.

Le predette società adeguano inoltre le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze.



Patto di stabilità

DL 112/2008, art. 18, comma 2 bis

Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le regioni, sentita la Conferenza unificata, da emanare entro il 30 settembre 2009, sono definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società:

- a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara,
- ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale,
- ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.



Impugnazioni di leggi regionali

il Governo ha impugnato:

- - **l'art. 20, Legge regionale Liguria 44/2008**, ritenendo il “controllo analogo” da esercitarsi da parte della regione Liguria su Sviluppo Genova SpA meramente eventuale e pertanto non conforme alla normativa comunitaria, in quanto vincolato alla condizione futura ed eventuale della totale partecipazione pubblica della predetta società.
- - **l'art. 1, Legge regionale Liguria 37/2008**, nella parte in cui prevede l'affidamento diretto da parte di società controllate direttamente o indirettamente dalla Regione di prestazioni finalizzate alla produzione di beni e servizi alla società, ritenendo in contrasto con il diritto comunitario l'affidamento diretto tra soggetti tra i quali (come nel caso di società controllate *indirettamente* dalla Regione) non si realizza, sotto il profilo del controllo analogo, alcun controllo diretto dell'ente né alcuna influenza dominante sugli obiettivi strategici sulla società.
- - **l'art. 38, Legge regionale Lazio 31/2008**, ritenendo in contrasto con il diritto comunitario e lesivo della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza l'affidamento diretto di servizi di trasporto pubblico ad un soggetto non legato all'ente pubblico da un rapporto di delegazione interorganica, dovendo il “controllo analogo” esercitato dall'ente sulla società affidataria essere effettivo e non meramente formale, a ciò nulla rilevando la totale detenzione pubblica del capitale sociale.



Grazie per la vostra attenzione