Le società in house e le società miste per la gestione dei servizi di interesse generale dopo la riforma Madia

di Roberto Camporesi

Pubblicato il 8 Marzo 2016

analisi delle novità contenute nel Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale riguardanti le società a partecipazione pubblica: in arrivo una revisione del mondo delle società partecipate che comprende anche una revisione delle regole di funzionamento delle citate società

[blox_button text="TRATTEREMO LE NOVITA' PER LE SOCIETà PARTECIPATE NEL NOSTRO EVENTO ELEARNING DEL 10 MARZO" link="https://www.commercialistatelematico.com/ecommerce/il-testo-unico-in-materia-di-societa-a-partecipazione-pubblica-videoconferenza-del-10-marzo.html" target="_self" button_type="btn-default" icon="" size="btn-md" /]

Nel mese di febbraio il Consiglio dei Ministri ha pre-adottato il Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale ed il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica e raccogliere i pareri obbligatori per la successiva adozione definitiva.

Occorre definire la società che svolge servizi di interesse economico generale attraverso quel processo interpretativo in base al quale l'oggetto della società deve ricondursi allo svolgimento appunto di servizi di interesse economico generale.

Nel **Testo Unico in materia di società partecipate da pubbliche amministrazioni** si desumo le seguenti definizioni contenute all'art. 2:

h) "servizi di interesse generale": 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

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale;

i) "servizi di interesse economico generale": i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato;

Appare altresì necessario precisare che ricostruire la nuova disciplina delle società che svolgono servizi di interesse generale tenendo conto dei due testi unici secondo il seguente canone interpretativo: il Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale dispone in ordine alla modalità di assunzione del pubblico servizi ed in particolare modalità di gestione del servizio pubblico, il Testo Unico in materia di società partecipate da pubbliche amministrazioni dispone invece in tema di modalità di costituzione della società e della disciplina interna della *corporate governance.*

Ora per quanto attiene il *Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale* si rileva che viene espressamente prevista che l'assunzione del pubblico servizio da parte degli enti locali assume valore ai sensi dell'art. 117, secondo comma lett. p) della Costituzione. Per assunzione del pubblico servizio si intende l'individuazione dei servizi di interesse generale, le modalità di perseguimento degli obiettivi di interesse generale e le modalità di gestione del servizio.

Rientrano fra i servizi di interesse economico generale a reti quelli sottoposti ad autorità di regolazione indipendenti ed il servizio di igiene ambientale.

In ordine alle modalità di perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico, l'art.6, dispone che esso possa essere assicurato attraverso:

a) l'imposizione, ove consentito dall'Ordinamento vigente e secondo le modalità da esso previste, di obblighi di servizio pubblico a carico di tutte le imprese che operano nel mercato;

b) il riconoscimento agli utenti di vantaggi economici e titoli da utilizzare per la fruizione del servizio;

c) l'attribuzione dell'obbligo di servizio pubblico a carico di uno o più operatori economici individuati secondo le modalità di cui all'articolo 7.

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

Ed in effetti l'articolo 7 (Modalità di gestione del servizio) prevede le modalità di gestione in parte già note e precisamente che l'ente locale può opzionare:

a) affidamento mediante procedura a evidenza pubblica, in applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici;

b) affidamento a società mista, il cui socio privato sia stato scelto con procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal diritto dell'Unione europea e dal decreto legislativo adottato ai sensi dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124;

c) gestione diretta, mediante affidamento in house, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea e dalle disposizioni in materia di contratti pubblici e del testo unico sulle partecipazioni pubbliche;

d) limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante azienda speciale.

Alcune specificità procedimentali riguardano l'affidamento in (o mediante azienda speciale), in quanto il provvedimento dovrà altresì dare conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e, in particolare, del fatto che tale scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini, anche in relazione ai costi standard, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, dì efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche. 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. Inoltre per i servizi pubblici locali di interesse economico generale a rete, la procedura si arricchisce ed il provvedimento di cui al comma 3 deve contenere, altresì, un piano economico-finanziario con la proiezione, per l'intero periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti e deve essere asseverato da un istituto di credito o da società dì servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 10 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966. Nell'ipotesi di affidamento in house di tali servizi, il piano economico-finanziario deve, inoltre, specificare l'assetto economico-patrimoniale della società, il capitale proprio investito e l'ammontare dell'indebitamento, da aggiornare ogni triennio.

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

Prima dell'adozione del provvedimento di cui al comma 3, l'amministrazione invia lo schema di atto deliberativo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che esprime un parere entro il termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione dello stesso. L'Autorità può chiedere, per una volta, chiarimenti all'amministrazione pubblica interessata, con conseguente interruzione del termine. Il provvedimento finale deve essere analiticamente motivato con specifico riferimento ai rilievi formulati dall'Autorità.

Viene prevista una specifica disciplina delle società delle reti originariamente disciplinate dall'art. 113 comma 13 del Tuel e viene stabilito all'art. 9 (Proprietà e gestione) che le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali di proprietà degli enti pubblici possono essere conferiti, anche in forma associata a società interamente possedute dall'ente o dagli enti conferenti. Al capitale di tali società non è ammessa la partecipazione, neanche parziale o indiretta, di soggetti privati.

Infine, per quanto interessa in questa sede viene istituita, all'art. 16 l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, cha ha lo scopo di migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati, per garantire accessibilità, fruibilità e diffusione omogenee sull'intero territorio nazionale, adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione, armonizzando gli obiettivi economico-finanziari con quelli generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse.

Le funzioni regolatorie del ciclo dei rifiuti sono attribuite all'Autorità per l'energia elettrica il gas ed il sistema idrico, che assumerà la denominazione di "*Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA)*" alla quale saranno attribuiti i medesimi poteri con i medesimi poteri e nel quadro dei principi, delle finalità e delle attribuzioni, anche di natura sanzionatoria, stabiliti dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, le funzioni di regolazione e controllo, in particolare in materia di:

a) emanazione di direttive per la separazione contabile e amministrativa della gestione, la valutazione dei costi delle singole prestazioni anche ai fini della corretta disaggregazione per funzioni, per area geografica e per categorie di utenze, e definizione di indici di valutazione dell'efficienza e dell'economicità delle gestioni a fronte dei servizi resi;

b) definizione dei livelli di qualità dei servizi, sentite le regioni, i gestori e le associazioni dei consumatori e vigilanza sulle modalità di erogazione dei servizi;

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

c) diffusione della conoscenza e della trasparenza delle condizioni di svolgimento dei servizi a beneficio dell'utenza;

d) tutela dei diritti degli utenti anche tramite la valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentati dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati;

e) definizione di schemi tipo dei contratti di servizio di cui all'articolo 203 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n 152;

f) predisposizione ed aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione, a copertura dei costi di esercizio e di investimento compresa la remunerazione dei capitali, sulla base della valutazione dei costi efficienti e del principio "chi inquina paga";

g) fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento;

h) approvazione delle tariffe definite dall'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale per il servizio integrato e dai gestori degli impianti di trattamento;

i) verifica della corretta redazione dei piani di ambito esprimendo osservazioni e rilievi;

l) formulazione di proposte relativamente alle attività comprese nel sistema integrato di gestione dei rifiuti da assoggettare a regime di concessione o autorizzazione in relazione alle condizioni di concorrenza dei mercati;

m) formulazione di proposte di revisione della disciplina vigente, segnalandone altresì i casi di gravi inadempienza e di non corretta applicazione;

n) predisposizione di una relazione annuale al Parlamento sull'attività svolta.

Per quanto attiene il *Testo Unico in materia di società partecipate da pubbliche amministrazioni* per quanto rileva in questa sede si dovrà considerare:

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

- i tipi di società ammesse alla partecipazione delle Pubbliche Amministrazioni sono la società per azioni e la società a responsabilità limitata: non risultano più ammissibili le società cooperative e le società consortili;

- nell'ambito della procedura di costituzione della società (in house o mista) la motivazione da indicare nel provvedimento autorizzatorio – espressamente individuato nelle competenze del consiglio comunale – deve prevedere:

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

- la compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

- nell'ambito delle procedura di costituzione della società lo schema dell'atto autorizzatorio deve essere preventivamente inviato alla Corte dei Conti. La Corte dei Conti può formulare rilievi sul rispetto delle disposizioni di cui al comma 1 nonché sulla coerenza con il piano di razionalizzazione previsto dall'articolo 20, ove adottato, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione dell'atto deliberativo. La Sezione può chiedere, per una sola volta, chiarimenti all'amministrazione pubblica interessata, con conseguente interruzione del suddetto termine. L'atto deliberativo deve essere motivato con specifico riferimento ai rilievi formulati dalla Corte dei Conti. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica;

- Nell'ambito della procedura di costituzione di una società in house per l'affidamento della gestione di servizi di interesse economico generale si sommano le due procedure di invio preventivo all' Antitrust e alla Corte dei Conti;

- L'organo amministrativo della societaria è di norma costituito dall'amministratore unico e solo attraverso un decreto ministeriale saranno individuate classi dimensionali di società che potranno

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

avere un organo collegiale di minimo 3 fino a massimo 5 componenti;

- Per le società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici (nuova denominazione delle *società in house*) si riscontrano le seguenti caratteristiche, che in tema di governance interna si applicano anche alle società che gestiscono servizi di interesse economico generale:

  - Nella compagine sociale non vi deve essere la partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prevista da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

  - Il requisito del *controllo analogo* sussiste nei seguenti casi:

    - a) nelle società a partecipazione pubblica unipersonale, se l'amministrazione pubblica socia esercita un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata;

    - b) nelle società a partecipazione pubblica pluripersonale, se tutte le amministrazioni pubbliche partecipanti sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata. Si applicano in tal caso le disposizioni dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE.

    - La direttiva 2014/24/UE prevede che si attuino forme di controllo analogo quando:

      - Ai sensi dell'art. 12 paragrafo primo, un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica 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;

      - Ai sensi dell'art. 12 paragrafo terzo, un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del punto precedente paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a)

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; e c) 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, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

- Ai fini della realizzazione del controllo analogo:
  - Lo statuto può prevedere nelle società per azioni deroghe all'art. 2380 bis del codice civile nel senso che può essere previsto che le decisioni strategiche e quelle più importanti siano assunte dall'assemblea dei soci e non dal consiglio di amministrazione;
  - Può prevedersi che le condizioni per l'esercizio del controllo analogo possano essere raggiunte attraverso la sottoscrizione di patti parasociali fra i soci enti pubblici e la loro durata può essere di cinque anni in deroga all'art. 2341 bis del codice civile;
- Il requisito della *prevalenza dell'attività* svolta viene disciplinato attraverso la previsione statutaria in base alla quale almeno l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società;
- Le società a controllo pubblico sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina in materia di contratti pubblici**;**

- Per le **società a partecipazione mista pubblico – privata** si rileva che:

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

- L'oggetto della società può prevedere unicamente lo svolgimento di servizi di interesse generale:
- La quota di partecipazione del socio privato non può essere inferiore al 30% dell'intero capitale sociale;
- La selezione deve avvenire tramite una gara a doppio oggetto nel senso che la procedura di selezione pubblica 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;
- Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;
- All'avviso pubblico sono allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante;
- Il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari 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 in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura;
- La partecipazione del socio privato deve essere a termine nel senso che:
  - La durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del primo comma del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione per l'affidamento e l'esecuzione dei quali essa è costituita.
  - Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio.
  - Lo statuto dovrà inoltre prevedere la possibilità di scioglimento del rapporto societario in caso di trasformazione, fusione o di mutamento della titolarità del controllo sul soggetto privato

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

partecipante alla società mista, o di cessione o affitto da parte di questo dell'azienda o del ramo d'azienda impegnato nell'esecuzione dell'appalto o della concessione;

- Lo statuto della società mista può:
  - contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa;
  - prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato;
  - prevedere al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati, l'emissione di azioni correlate ai sensi dell'articolo 2350, secondo comma, del codice civile, o costituire patrimoni destinati o essere assoggettata a direzione e coordinamento da parte di un'altra società. Con ciò ammettendo quindi che le società miste possono:
    - gestire più servizi di interesse generale;
    - l'affidamento di detti servizi può avvenire anche successivamente nel tempo, anche se per i noti principi di tutela delle gare pubbliche essi dovrebbero tutti essere già preordinati o quantomeno individuati nel bando originario;
    - con la costituzione di patrimoni separati e azioni correlati agli esiti gestionali di ciascuno di essi non pare preclusivo neppure immaginare che la società gestisca due servizi i cui patrimoni sono separati e i soci operativi siano diversi in quanto scelti con gara a doppio oggetto per servizi diversi ai cui sono state assegnate azioni correlate ai rispettivi patrimoni.
- I patti parasociali possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, comma 1, del codice civile purché entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita.

[blox_button text="TRATTEREMO LE NOVITA' PER LE SOCIETà PARTECIPATE NEL NOSTRO EVENTO ELEARNING DEL 10 MARZO" link="https://www.commercialistatelematico.com/ecommerce/il-

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

testo-unico-in-materia-di-societa-a-partecipazione-pubblica-videoconferenza-del-10-marzo.html" target="_self" button_type="btn-default" icon="" size="btn-md" /]

7 marzo 2016

Roberto Camporesi

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D