

////////////////////

SOCIETÀ PUBBLICHE E NUOVO CODICE DEGLI APPALTI d.lgs.50/2016



Paola Maria Zerman
Avvocato dello Stato

Roma, 22 febbraio 2017



I.



il titolo sottende il seguente quesito



Il nuovo codice degli appalti, si applica a tutte le società pubbliche?



Sarebbe la soluzione ideale

IL CORRETTO USO DEL DENARO PUBBLICO



IMPONE PROCEDURE TRASPARENTI DI EVIDENZA
PUBBLICA



PER CONTRASTARE IL CLIENTELISMO E LA CORRUZIONE



CON CUI SI AFFIDANO APPALTI IN CAMBIO DI FAVORI
IMPRESE "AMICHE"



Rapporto corruzione 2015, Transparency: "Italia penultima in Unione europea e 61esima al mondo"



Se fosse così, non ci sarebbero problemi

**Codice appalti
Evidenza pubblica**



Si applica

Società pubbliche

Ma non è così

PROBLEMA: Non vi è coincidenza tra società pubblica e applicazione del codice degli appalti



Il codice differenzia vari soggetti



Art. 1 comma 3



1. “Società con capitale pubblico anche non maggioritario che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno per oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere o produzione di beni e servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza”



Si applicano

T.u. Sui servizi Pubblici locali di interesse economico generale e in materia di società a partecipazione pubblica : d.lgs. 175 del 2016 (t.u. in materia di società pubbliche)



Art. 3 comma 1

2. Organismi di diritto pubblico (sono anche SPA)



si applica il codice (in quanto amm.ni aggiudicatrici)

Art. 3 comma lett. e)

3. Imprese pubbliche (SPA)

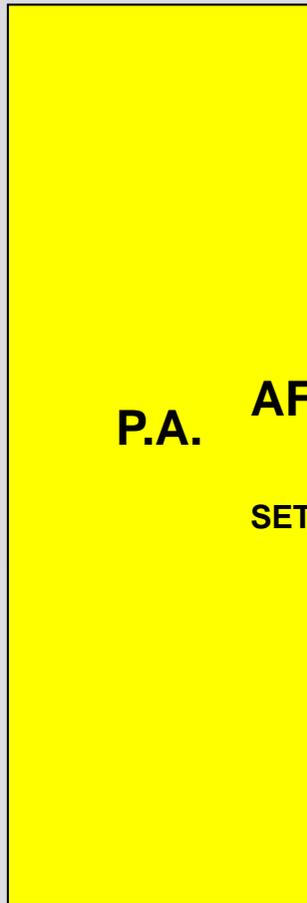


Si applica il codice solo se svolgono le attività di cui agli art. 115-121 (servizi pubblici); se l'attività è direttamente esposta alla concorrenza non si applica (art.8)

Alle altre non si applica

ART. 5 (Titolo II – contatti esclusi)

4. Società in house



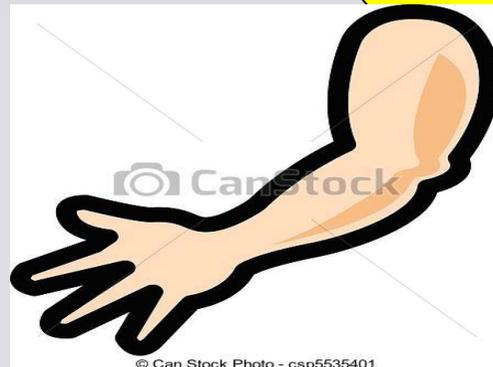
P.A.

AFFIDAMENTO DIRETTO

SETTORI ORDINARI O SPECIALI



Spa house



“longa manus della p.a.”

I 3 requisiti della società in house



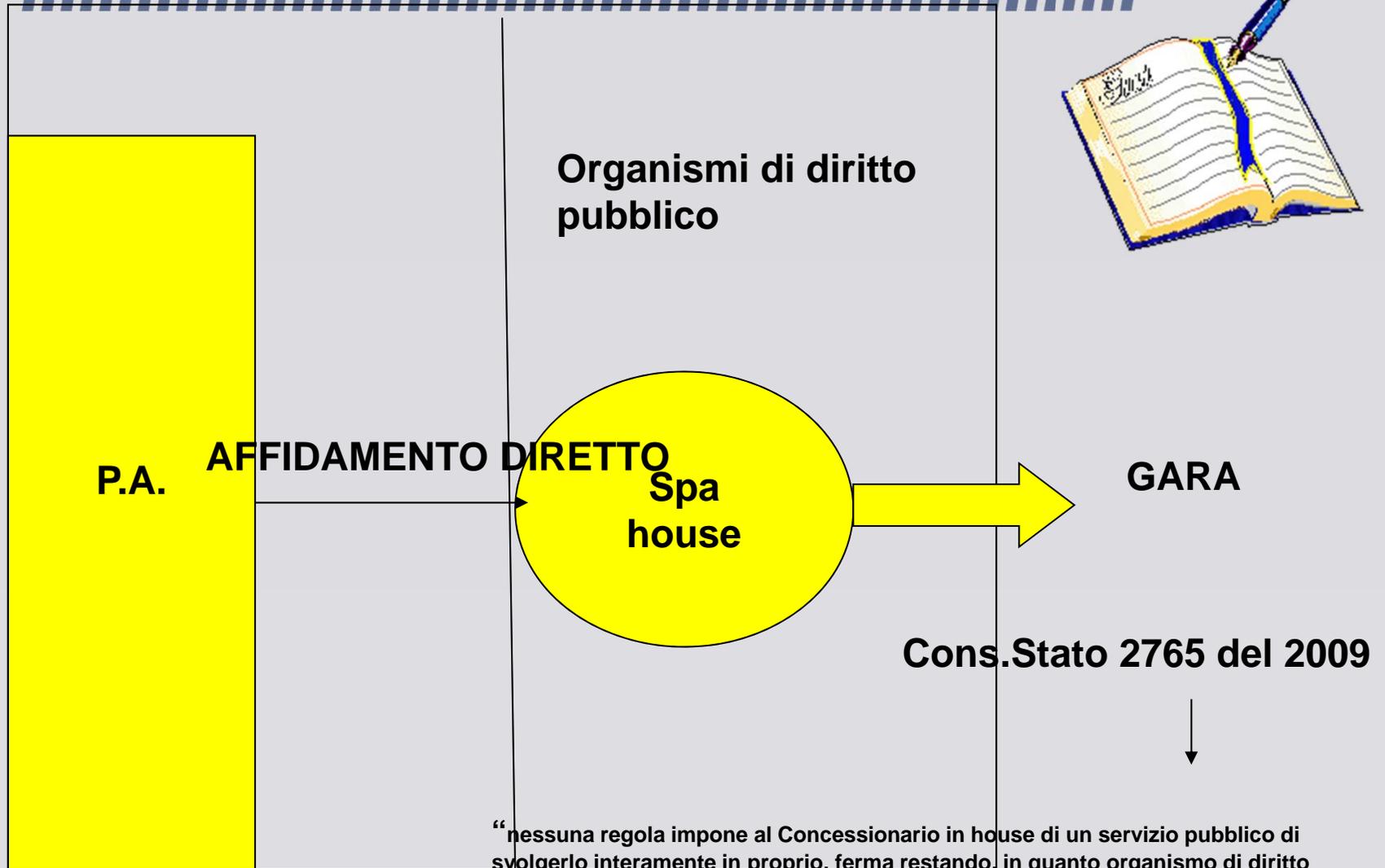
ART. 5 (Titolo II – contatti esclus



VARI TIPI DI CONTROLLO

- INVERSO
- ORIZZONTALE
- CONGIUNTO

AMMINISTRAZIONE AGGIUDICATRICE



“nessuna regola impone al Concessionario in house di un servizio pubblico di svolgerlo interamente in proprio, ferma restando, in quanto organismo di diritto pubblico, la necessità della gara per la scelta del soggetto affidatario”

Quindi: il regime è differenziato, vi è poca chiarezza



**La ratio di fondo del codice è quella di lasciare agire le società pubbliche
In regime privatistico laddove il mercato è meno regolamentato ed esposto
alla concorrenza**



**basterebbe questo per garantire, nella logica dell'autonomia
contrattuale ed equilibri tra privati la corretta gestione della
società**



Questo ragionamento vale anche sotto il profilo della responsabilità



La struttura privatistica garantisce già la Tutela del patrimonio (azioni di responsabilità contro gli amministratori previste dal codice)



Corte di Cassazione

Per tutte sez.u.5848/2015



Corte dei Conti



Denaro pubblico!!



***Mala gestio* amministratori**

La responsabilità nei confronti degli stessi è ***unicamente esperibile nelle forme stabilite dal diritto civile*** per la tutela del patrimonio sociale, da parte degli altri soci o sindaci, e non già da parte della Corte dei Conti per danno erariale.

Con le uniche eccezioni costituite dal c.d danno indiretto (e cioè di responsabilità ***in capo all'ente pubblico partecipante*** quando in qualità di socio abbia trascurato i propri diritti di socio così pregiudicando il valore della partecipazione), o nell'ipotesi in cui la società sia da considerarsi ***longa manus*** dell'Ente pubblico (c.d. ***società in house***) in ragione dell'esistenza di un ***controllo analogo*** a quello delle proprie articolazioni interne, nonché la proprietà integrale da parte dell'ente partecipante e l'attività svolta a favore prevalentemente dello stesso (v. anche Cass. Sez.U 26283 del 2013).



Art. 12 d.lgs. 175 del 2016

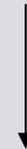
***Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti
degli organi delle società partecipate
In vigore dal 23 settembre 2016***

- 1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. E' devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.**
- 2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.**



© Can Stock Photo - csp21838653

**Questi ragionamenti
aprono la strada alla
corruzione**

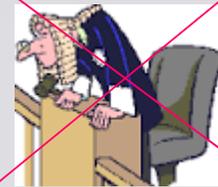


**Non si considera che la
presenza di denaro pubblico
costituisce un fattore distorsivo
della concorrenza**



Il problema della mancanza di trasparenza e della corruzione si acuisce negli società partecipate dagli enti locali

- 1. Perché sono normalmente società piccole * (quindi facilmente gestibili);**
- 2. Perché hanno denaro (pubblico);**
- 3. Perché c'è uno stretto collegamento con il potere politico**
- 4. Perché non c'è il controllo della Corte dei Conti**



***Istat 2015: 988 sono le società con numero di addetti inferiore ai membri del Cda; 2.479 le società con numero di addetti inferiore a 20**

Il problema è grave in considerazione dell'entità delle società pubbliche



: Istat 2015: 7.757 organismi attivi a partecipazione pubblica (anche non società) **5.000 sono società a partecipazione pubblica**, specie di enti territoriali. 500.000 impiegati



**Riduzione e razionalizzazione d.lgs. 175/2016 in
attuazione delega 124/2015 (Madia)**

II.

Il problema di fondo sorge dall'ambiguità della figura di società pubblica

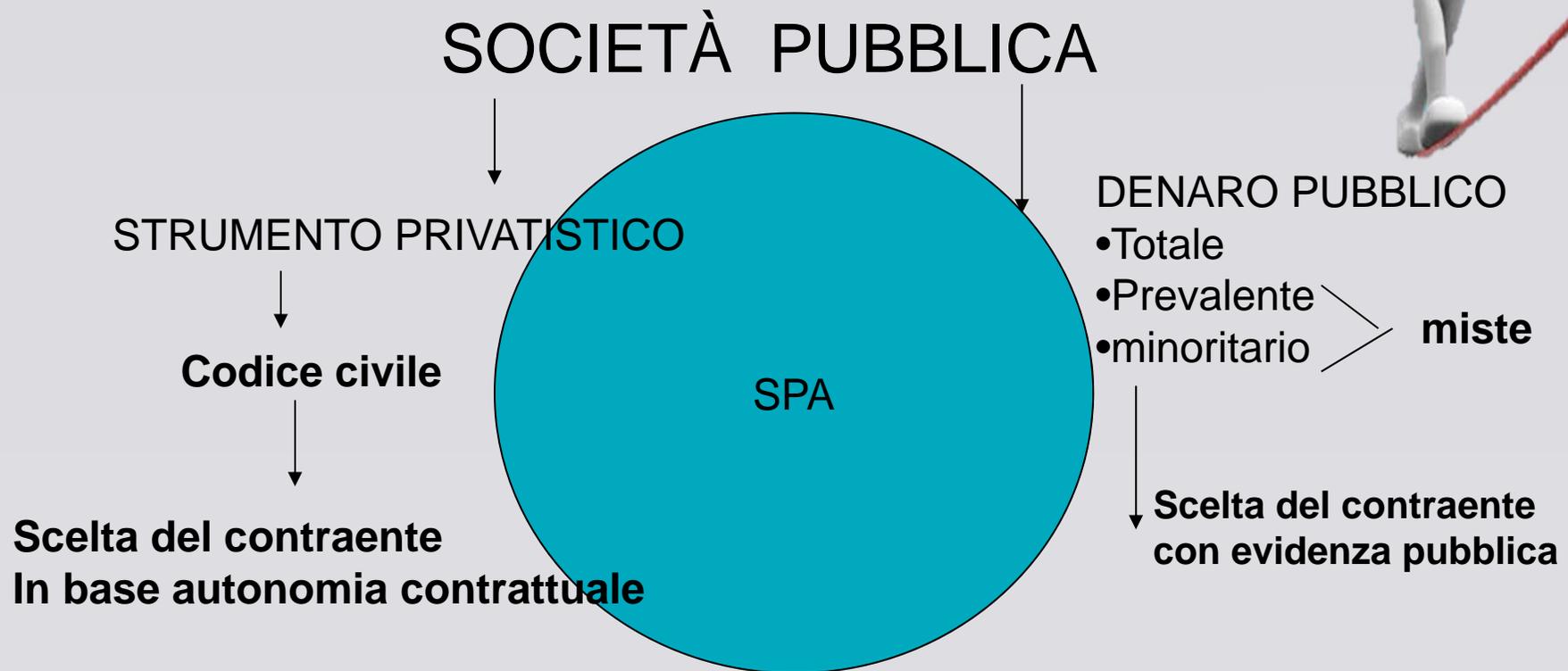


Figura ibrida

**“Il fenomeno delle società pubbliche sorge all’esito
Dei processi di privatizzazione delle attività economiche delle p.a.”
(Cons.St.parere n. 968 del 2016)**

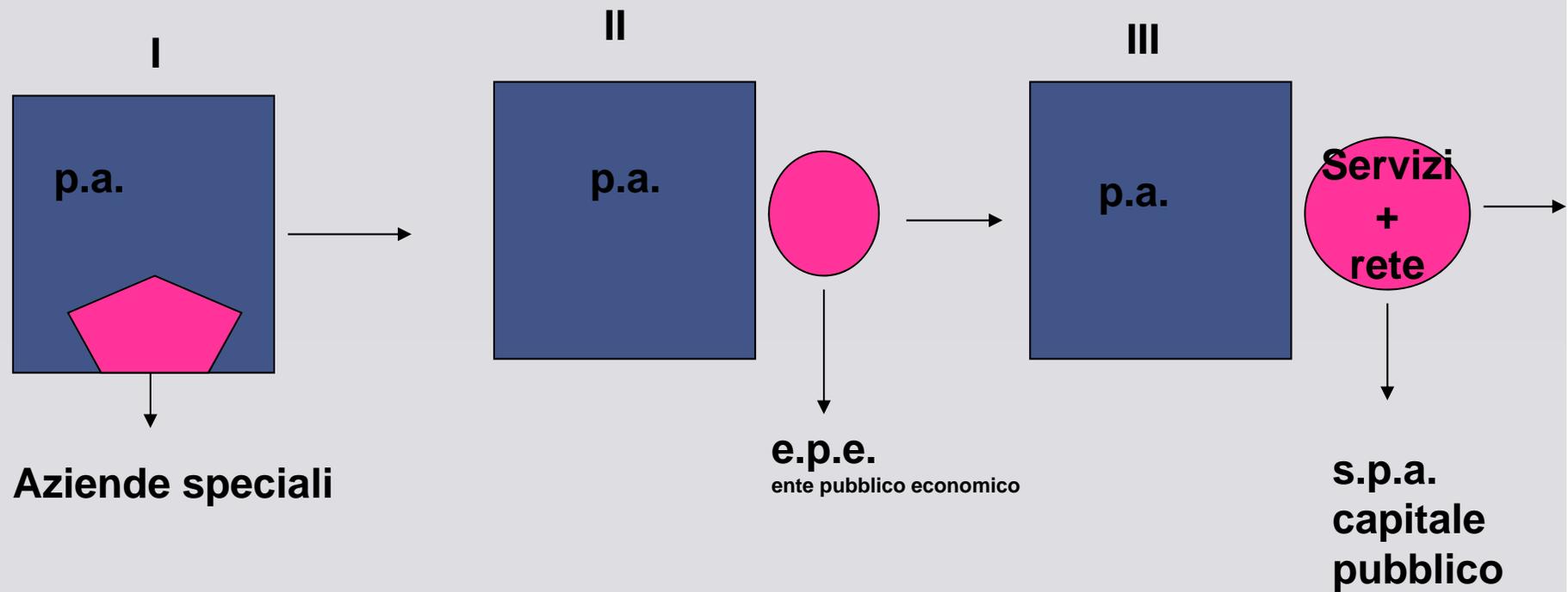
Privatizzazione solo formale
(veste giuridica: privata
Contenuto: soldi pubblici)

Figura ibrida



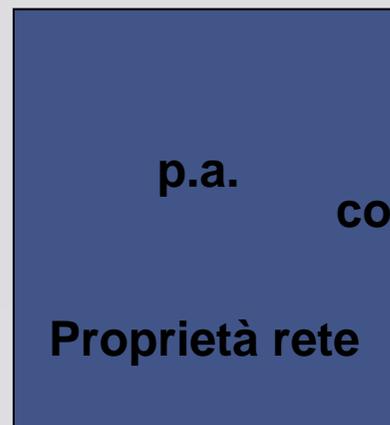
Appalti nei settori speciali (115-121)

dall'azienda di Stato alla società pubblica

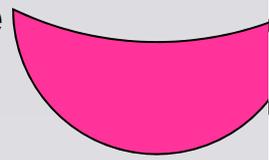
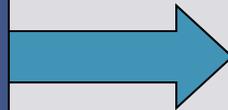


Direttive comunitarie liberalizzazione

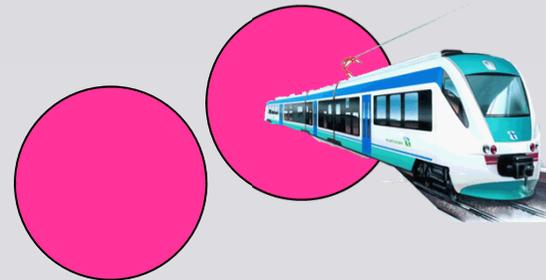
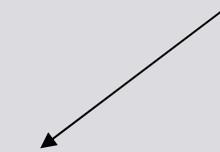
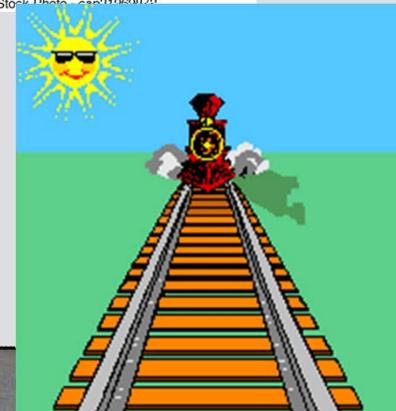
servizi



concessione



Gestione rete fissa



DIFFICOLTÀ DEL TEMA

Si intersecano diritto ed economia



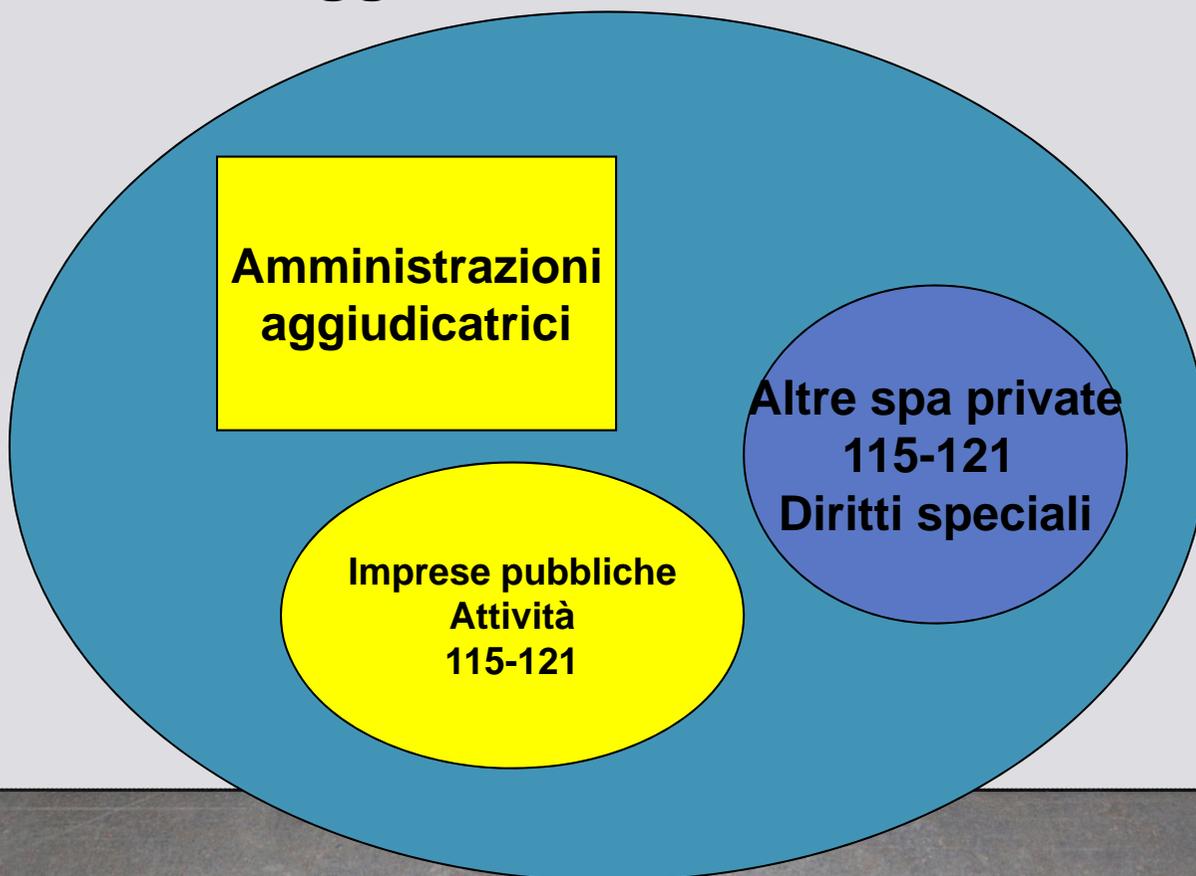
- **Modificazione del ruolo dello Stato (da proprietario a regolatore)**
- **Processi di liberalizzazione imposti dalla normativa comunitaria e**
- **Tutela della concorrenza**
- **Necessità di salvaguardare i servizi pubblici generali :SIEG**
- **SIG: servizi di interesse generale**

III. Analisi più specifica del codice

**CODICE APPALTI
APPLICAZIONE PARTE II
(PROCEDURA EVIDENZA PUBBLICA)**

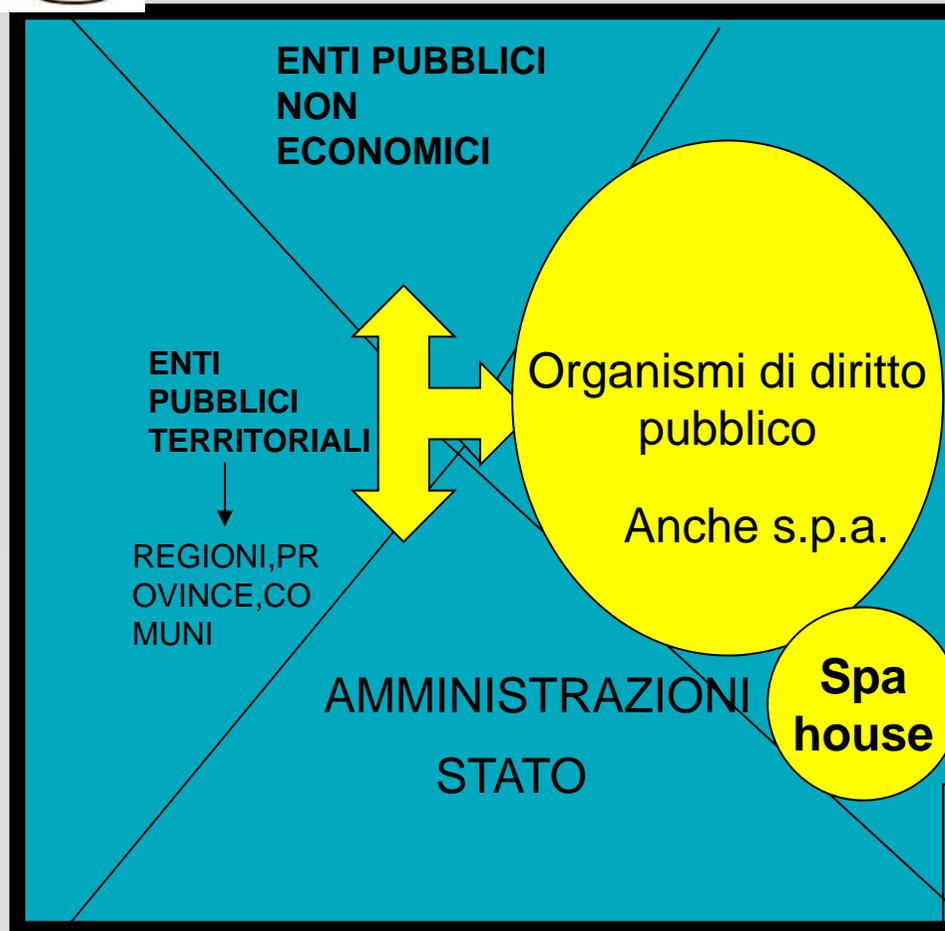


Enti aggiudicatori art. 3 comma 1 lett.e)



AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI I

(art.3 comma 1 lett. a))



**Cons.Stato
5643/2015**

↓
"Tutti gli organismi in house di p.a. sono necessariamente Organismi di diritto pubblico, mentre non è vero il contrario"

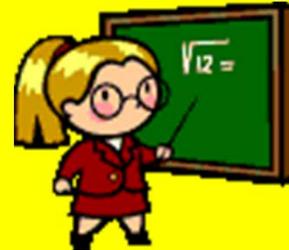


Art. 3 comma 1 lett. d)

Amministrazioni aggiudicatrici

ORGANISMI DI DIRITTO PUBBLICO

Istituito per esigenze di interesse generale **non industriale o commerciale**- personalità giuridica, anche spa



Finanziamento pubblico maggioritario (o controllo o an



- ENAC
- ENAV
- UNIVERSITA'
- CONSORZI OPERE IDRAULICHE
- ISPUBBLICHE BENEFICIENZA
- ISTITUTI SUP.SCIENTIFICI
- ENTI PREPOSTI A SERVIZI DI P. INTERESSE
- ENTI CULTURALI E PROMOZ.ARTISTICA ECC



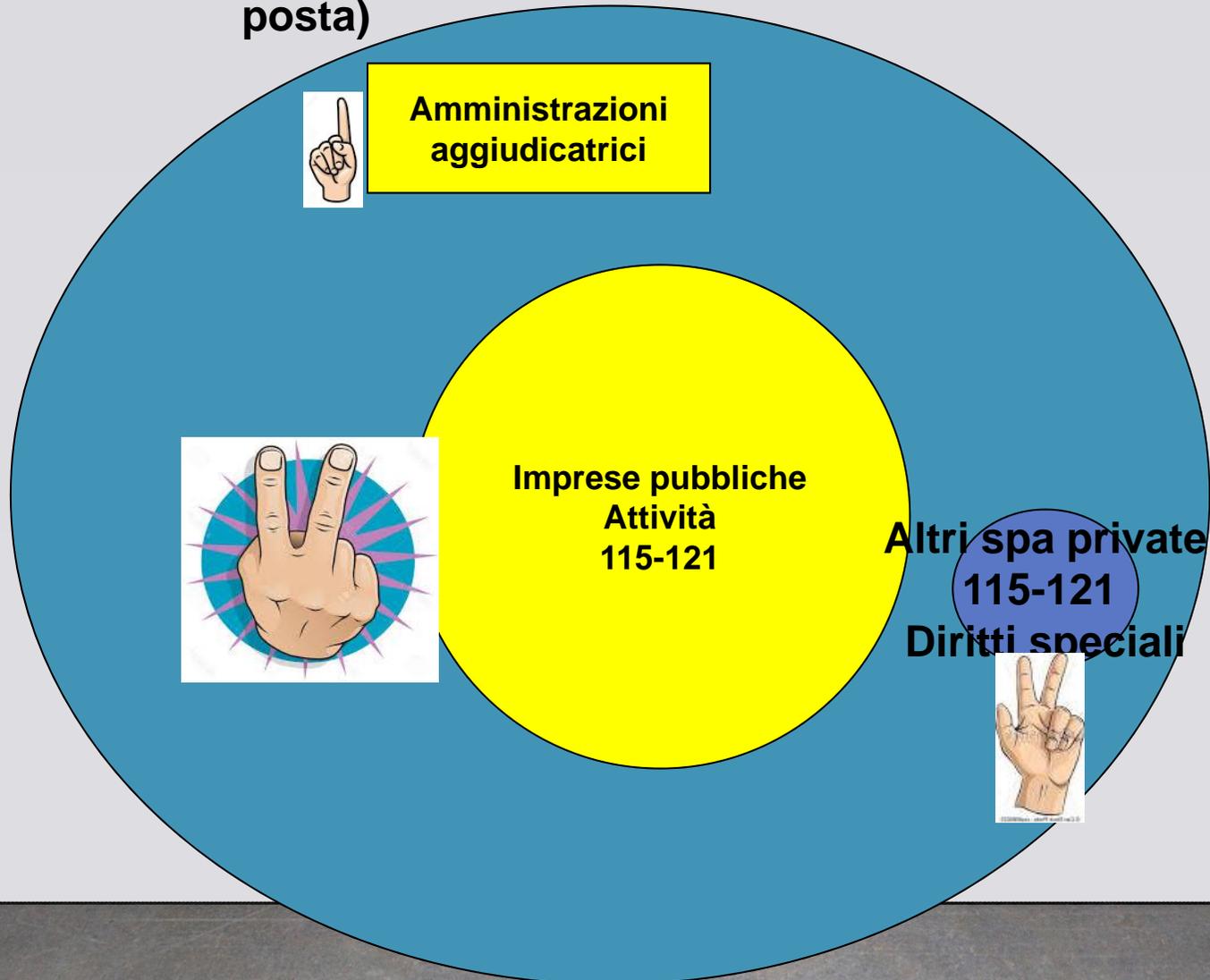
privato



All.IV elenco non tassativo

Enti aggiudicatori art. 3 comma 1 lett.e)

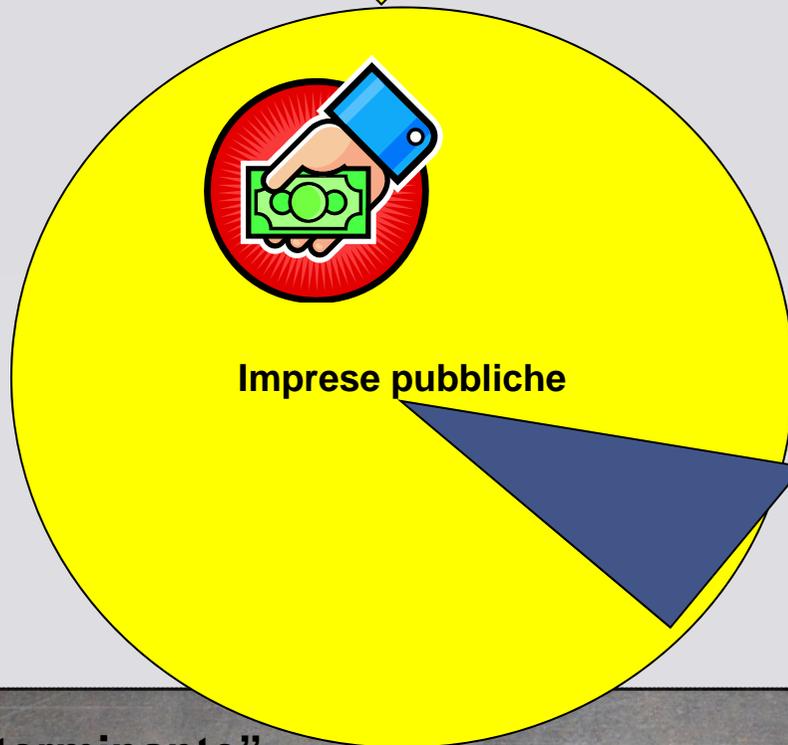
Imprese pubbliche che svolgono una delle attività 115-121 (gas, elettricità, acqua, trasporti, aeroporti, posta)



Art. 3 comma 2 lett. t) “imprese pubbliche”

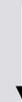
**Amministrazioni
aggiudicatrici**

Influenza dominante*



Imprese pubbliche

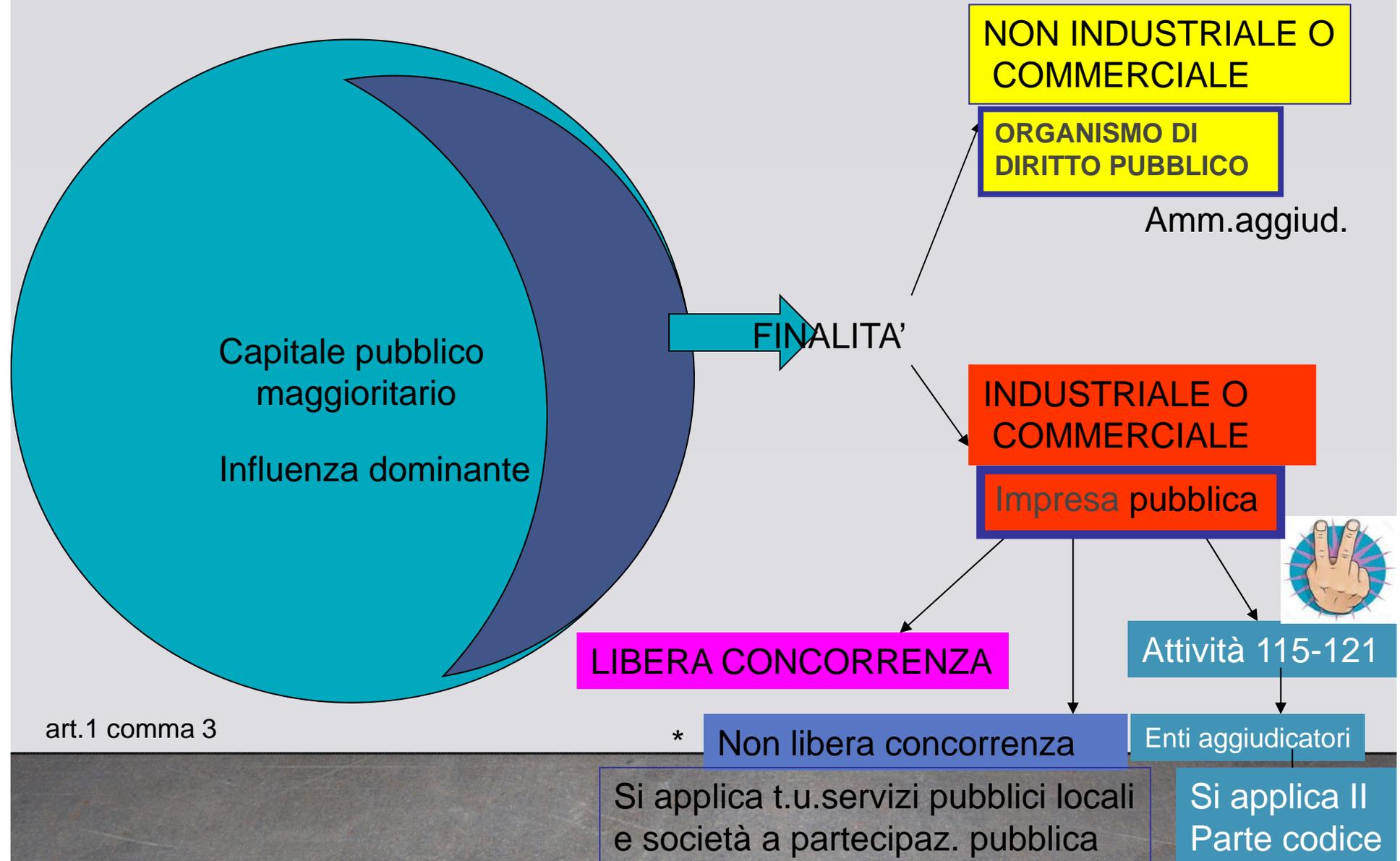
**Finanziamento pubblico
maggioritario (o
controllo su
maggioranza voti o
designare più della metà
degli amministratori
direzione o vigilanza)**



Alternativo o cumulativo

in house è “determinante”

S.P.A. "Società pubbliche"



Art. 1 comma 3

Non si applica il codice appalti per
sufficiente codice civile

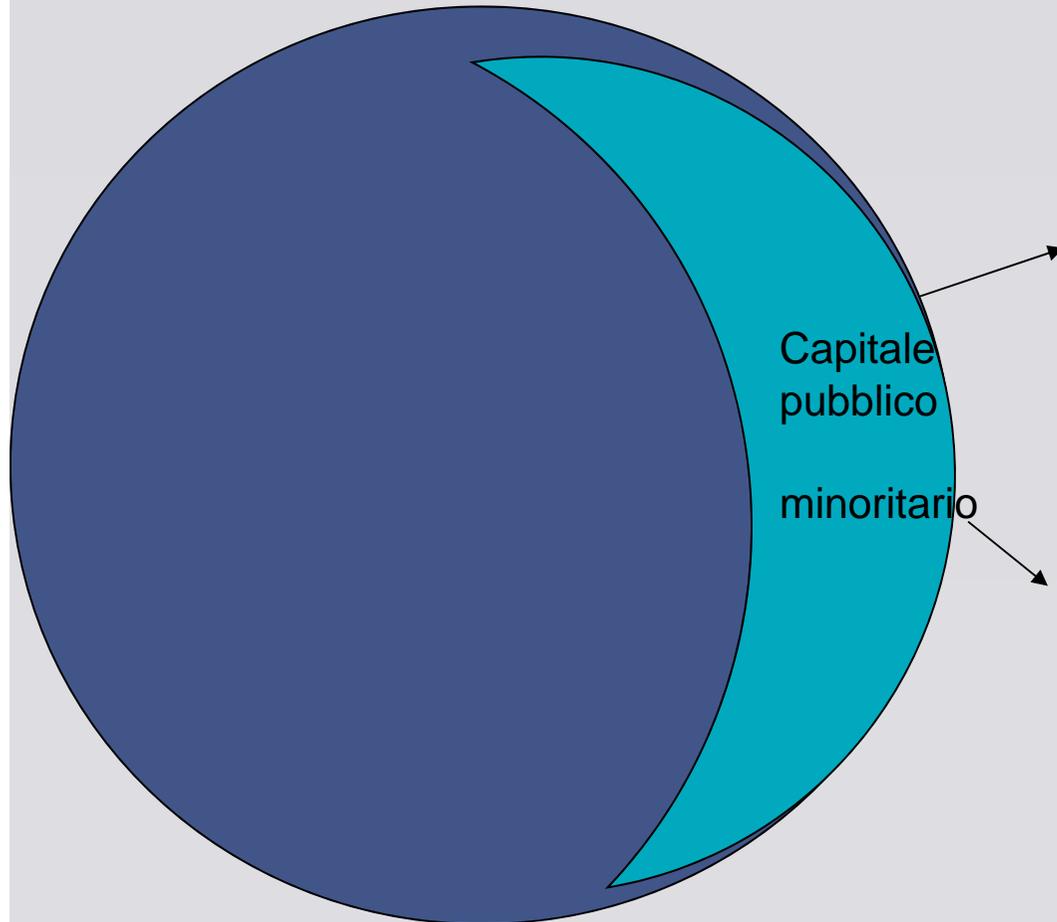
LIBERA CONCORRENZA

Capitale
pubblico

minoritario

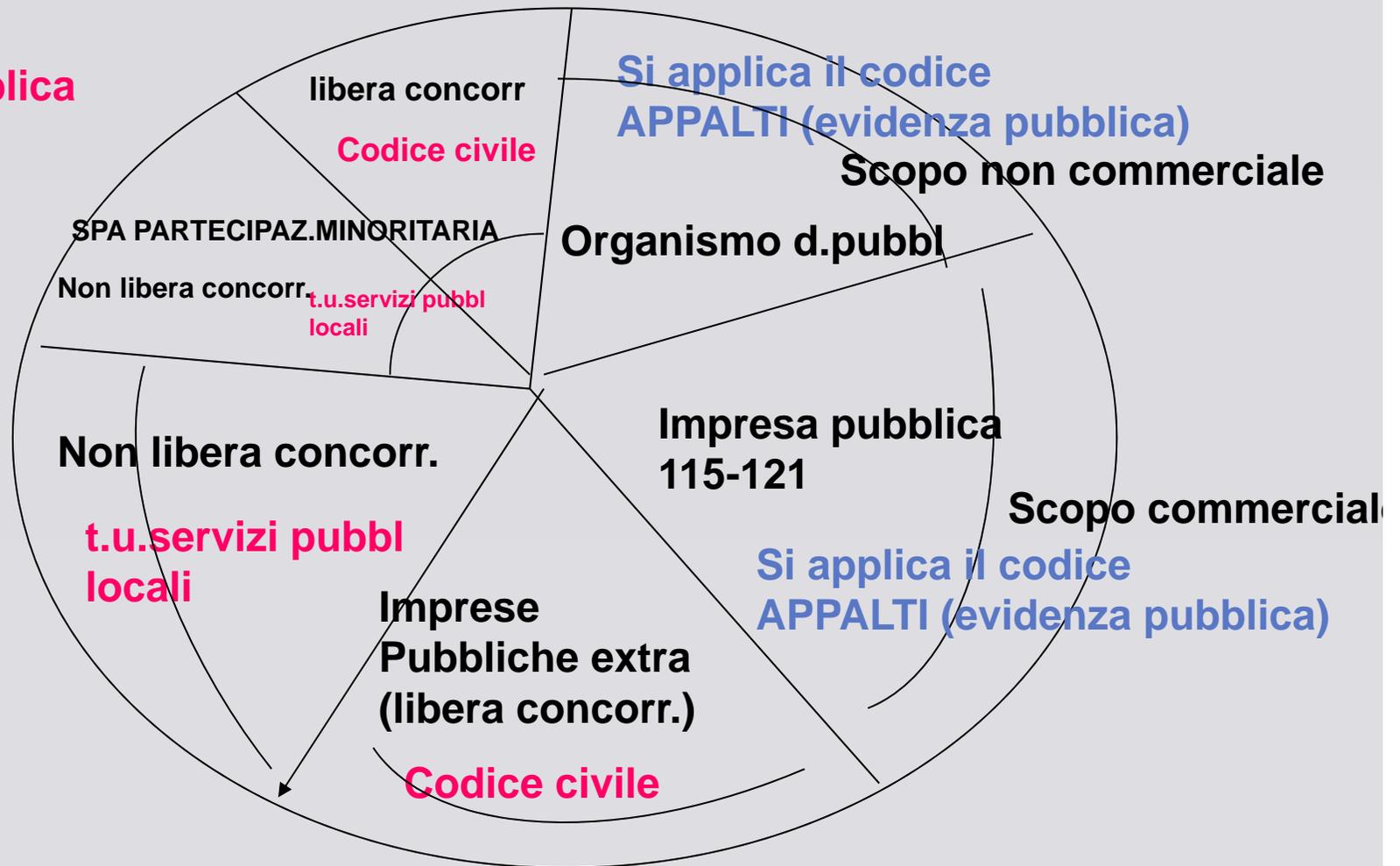
Non libera concorrenza

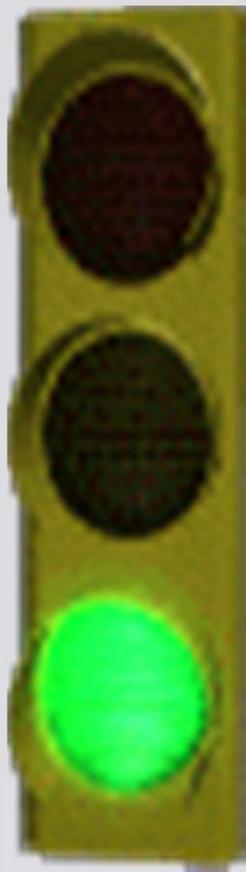
Si applica t.u.servizi pubblici locali
e società a partecipaz. pubblica



IN SINTESI

Non si applica





Ma attenzione!

**Non applicare
il codice degli appalti
non significa lasciare
all'arbitrio (con possibilità di
pratiche corruttive)
la scelta del contraente
privato**

Argomento ex art. 4 codice degli appalti



Art. 4 Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi

1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.



La norma deve essere estesa anche all'esclusione soggettiva



È solo la procedura di gara che garantisce l'imparzialità e la trasparenza

Conclusione

Risoluzione del problema della non coincidenza tra società pubblica e applicazione del codice degli appalti

