

Le Società partecipate di "terzo livello": note sui rapporti e sui vincoli per la scelta del socio privato in caso di partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale.

di Alberto Barbiero
(albertobarbiero@albertobarbiero.net)

1. Quadro di premesso.

Nell'ambito del sistema delle partecipazioni degli Enti Locali, le Società controllate o partecipate di "terzo livello" sono elementi portanti, con significativa valenza strategica ed operativa.

Questi organismi sono caratterizzati dalla partecipazione indiretta dell'Ente Locale di riferimento, in quanto la partecipazione azionaria o di quote con referenza "pubblica" è detenuta da Società partecipate di secondo livello (nelle quali il socio pubblico è direttamente presente).

In molti casi le partecipate di terzo livello hanno una configurazione della compagine societaria mista, con rilevante ruolo riconosciuto a soggetti privati.

Proprio la definizione di forme di partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale rende necessaria una verifica della situazione di questo particolare tipo di società, per comprendere:

- a) per quali fini ed in quale ambito esse operano;
- b) se sono compatibili con i parametri di coerenza con le attività istituzionali dell'Ente Locale di riferimento;
- c) se sono qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici (risultando pertanto soggette ai particolari limiti entro i quali il PPPI deve essere formalizzato).

Per poter sviluppare un'analisi efficace, si è fatto riferimento ad un caso, con varie criticità di base.

2. Il caso.

Beta è un ex consorzio tra enti locali, ora trasformato in Spa. A causa delle ingenti perdite riportate dalla società Alfa, si è proceduto ad una ricapitalizzazione che, per il 51% è stata sopportata dalla Beta, mentre per il restante 49% dalla Gamma.

Per fare ciò, la società Gamma ha permesso l'ingresso nella propria compagine societaria del socio Delta, riducendo di fatto la percentuale preesistente degli altri soci (cfr. situazione "dopo").

Sulla base di questi elementi, il socio pubblico di riferimento vuol valutare se la società Delta poteva entrare (come di fatto è entrata) in Gamma oppure occorreva che si effettuasse una nuova procedura ad evidenza pubblica.

3. Dati di presupposto.

Per Beta la precedente configurazione consortile non ha rilevanza: allo stato attuale è configurabile come società partecipata di secondo livello (ossia partecipata direttamente dagli enti locali soci).

Le caratteristiche di Beta (partecipazione pubblica totalitaria, presumibilmente affidataria in house in base a controllo analogo) ne determinano la configurazione (ai sensi dell'art. 1 della Direttiva 2004/18/CE e correlativamente dell'art. 3 del d.lgs. n. 163/2006 – Codice dei contratti pubblici) quale organismo di diritto pubblico (comma 26 dello stesso art. 3 del Codice dei contratti pubblici) e, conseguentemente, quale amministrazione aggiudicatrice (comma 25, sempre dell'art. 3 del Codice).

Alfa è configurabile come una società partecipata di terzo livello (ossia partecipata dagli enti locali per interposizione di Beta), rispetto alla quale non è dato conoscere come sia stato selezionato il socio privato.

Nella compagine societaria di Alfa il 49% (prima) è distribuito per quote tra un Consorzio (consorziati privati) e altri privati, per i quali non è dato conoscere come sia avvenuta la selezione.

4. Configurazione delle Società partecipate di "terzo livello".

Si deve rilevare come il quadro normativo sulle società di terzo livello sia in evoluzione.

Un dato significativo si rinviene nella loro inclusione tra i soggetti per i quali vige il divieto di essere destinatari di nuovi affidamenti di servizi pubblici locali (a rilevanza economica), stabilito dall'art. 23-bis, comma 9 della legge n. 133/2008 nella nuova versione introdotta dall'art. 15 della legge n. 166/2009 (conversione del d.l. n. 135/2009).

La norma prevede infatti che "le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare."

La previsione relativa alla disciplina dei soggetti societari deputati alla gestione di servizi strumentali (art. 13 della legge n. 248/2006) risulta più scarna.

L'interpretazione prodotta da ampia giurisprudenza esplicita la finalizzazione della norma in chiave di tutela non solo dei principi di libera concorrenza e di trasparenza, ma anche e soprattutto di quello di libertà di iniziativa economica, che risulterebbe gravemente turbato dalla presenza (e dalla operatività sul mercato) di soggetti che proprio per la presenza (diretta o mediata) della mano pubblica finiscono in sostanza con l'eludere il rischio d'impresa.

Proprio tale disposizione, tuttavia, ha permesso al TAR Liguria, sez. II, con la sentenza n. 39 del 9 gennaio 2009 di definire alcune caratteristiche ed il ruolo delle Società partecipate di terzo livello, in termini di distinzione sostanziale dal trend interpretativo prevalente..

Nella sentenza si evidenzia che quando la partecipazione di uno o più Enti Locali ad una Società è una partecipazione soltanto indiretta o di terza generazione, in quanto nessuno degli enti locali figura direttamente quale socio della stessa, in sede di applicazione dei divieti di cui all'art. 13 della legge n. 248/2006 si deve rilevare come, da un punto di vista letterale, il divieto di svolgere prestazioni a favore di soggetti diversi dagli enti pubblici costituenti, partecipanti o affidanti sia riferito alle società "a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali" non si applichi: il riferimento al capitale sociale ed alla figura della costituzione e della partecipazione sembra evocare chiaramente la necessità che l'ente locale sia socio, come tale titolare di una partecipazione al capitale sociale (quindi facendo riferimento alle c.d. "partecipate di secondo livello").

Assai significativa appare al riguardo la circostanza che il legislatore, diversamente da altri casi in cui parimenti si trattava di vietare la partecipazione alle gare di determinate società a tutela dei valori della par condicio e della concorrenza (cfr., per esempio, l'art. 34 comma 2 e 90 comma 8 del D. Lgs. n. 163/2006), non abbia fatto riferimento alle figure del controllo e del collegamento societario ex art. 2359 c.c., idonee a ricomprendere nello specchio applicativo della norma anche le società di terza generazione (profilo invece contemplato dall'art. 23-bis, comma 9 della legge n. 133/2008).

La disposizione, inoltre, riveste sicuramente carattere eccezionale rispetto al principio generale di libertà dell'iniziativa economica ex art. 41 Cost., pertanto deve preferirsi – ex art. 14 disp. prel. c.c. - un'interpretazione restrittiva.

Ma l'interpretazione secondo la quale il divieto non opererebbe con riguardo a società partecipate soltanto indirettamente dagli enti pubblici locali trova un ulteriore riscontro, a livello sistematico, nella successiva disposizione di cui al comma terzo dell'art. 13 D.L. n. 223/2006, in base al quale al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro trenta mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività

non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società.

La norma evidenzia come l'effettività del divieto di cui al comma primo possa essere efficacemente assicurata, alla fine del periodo transitorio di trenta mesi, anche soltanto dallo "scorporo" delle attività non consentite (id est, quelle svolte a favore di soggetti diversi dagli enti locali partecipanti), mediante la costituzione di una "separata società", cui riservare le attività rivolte al mercato.

Dunque, per il legislatore la separatezza delle società operanti sul mercato con soggetti terzi (e dei rispettivi bilanci) rispetto a quelle direttamente partecipate dagli enti locali (e dirette fornitrici di beni e servizi strumentali agli stessi) sembrerebbe costituire - di per sé - una sufficiente garanzia di non distorsione della concorrenza, in quanto il capitale apportato dagli enti locali non affluirebbe direttamente nel capitale di rischio delle imprese operanti in regime di concorrenza.

Se è così, la sentenza del TAR Liguria afferma che non può che concludersi come una Società non partecipata direttamente dagli Enti Locali non possa ritenersi soggetta al divieto di cui all'art. 13 D.L. n. 223/2006, giacché nessun ente locale figura essere socio della stessa, essendo la totalità del capitale sociale detenuto da una Società direttamente partecipata dagli enti stessi (in una fattispecie analoga, il T.A.R. Molise è giunto alle medesime conclusioni, sez. I, 18.7.2007, sentenza n. 628, punto 9).

Ad analoga interpretazione è giunto il Consiglio di Stato, sez. VI, con la sentenza n. 215 del 16 gennaio 2009.

La medesima linea è stata confermata sempre dal Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 1765 del 23 marzo 2009, nella quale l'organo di giustizia amministrativa ha rilevato che non può discendere l'applicazione del divieto normativo dell'art. 13 della legge n. 248/2006 dal solo dato afferente la partecipazione pubblica, diretta o indiretta, al capitale sociale, atteso che la fattispecie descritta dalla norma impone indubbiamente un più rigorosa verifica circa la sussistenza di ulteriori elementi che devono connotare le società colpite dal divieto normativo di partecipare alle gare d'appalto.

Si deve infatti trattare di società funzionali alla produzione di beni e servizi strumentali alle amministrazioni che le hanno costituite o che vi hanno partecipato; ma, soprattutto, detta funzionalizzazione deve essere tanto appariscente nei predetti enti societari da assurgere al rango di oggetto sociale esclusivo (art. 13 comma 2 cit).

Quando una Società ha a suo precipuo oggetto sociale lo studio, la progettazione, la realizzazione e la commercializzazione di prodotti e servizi

informatici e di telecomunicazioni destinati alla pubblica amministrazione locale, alla sanità territoriale, ai cittadini ed alle imprese, si tratta di organismo che per espressa previsione statutaria si rivolge al mercato delle commesse di prodotti e servizi informatici e di telecomunicazione senza alcuna connotazione di esclusività con il mondo delle pubbliche amministrazioni, tanto meno di quelle che partecipano in misura minoritaria al suo capitale.

E' evidente dunque che tale società non ha il privilegio strutturale proprio del soggetto utilizzato in via strumentale per rendere in via esclusiva prodotti o servizi in favore delle amministrazioni che lo hanno costituito o che vi hanno partecipato, di guisa che non può essere assoggettata al divieto ex art. 13, che di quel privilegio costituisce indubbiamente - nelle intenzioni del legislatore - il necessario temperamento.

Le Società partecipate di terzo livello avrebbero, quindi, sostanziale autonomia operativa ed una posizione "indipendente" dal socio pubblico.

Tale linea interpretativa non deve tuttavia costituire elemento di distrazione dalla configurazione delle Società partecipate di terzo livello quali organismi rientranti nella sfera di controllo (seppure indiretto) degli enti locali (soci di riferimento della Società partecipata di secondo livello, controllante appunto di quella di terzo livello).

5. Coerenza della Società partecipata di terzo livello con le attività istituzionali del socio (indirettamente) di riferimento.

Per dirimere la questione del "ruolo" delle Società partecipate di terzo livello nel sistema dell'ente locale "allargato" assume particolare rilevanza il disposto dell'art. 3 comma 27 della legge 24.12.2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), secondo il quale "al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, nè assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza".

La norma non reca esplicita distinzione tra Società partecipate di secondo o di terzo livello, ma sancisce il divieto, per le amministrazioni pubbliche, di assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

La disposizione lascia quindi presumere che i suoi effetti inibitori ineriscano sia le Società partecipate di secondo livello che quelle partecipate di terzo livello, rapportando la verifica dell'utilitas relativa alla costituzione del soggetto

societario (partecipato direttamente o in forma mediata) in termini di necessaria coerenza con le finalità istituzionali dell'ente socio (diretto o indiretto).

La sezione regionale di controllo della Corte dei conti della Lombardia ha sancito, con una deliberazione del 16 ottobre 2009, che le disposizioni contenute nei commi da 27 a 33 dell'art. 3 della legge n. 244/2007 definiscono una disciplina che stabilisce vincoli sostanziali, che non possono essere disattesi.

La possibilità di ricorrere allo strumento societario è per legge correlato ai fini dell'ente pubblico ed è inerente allo svolgimento di attività di competenza dell'ente medesimo, anche al fine di evitare che lo schema societario sia il veicolo per eludere le normative pubblicistiche in tema di controlli sulla finanza pubblica ed in materia di patto di stabilità interno, nonché strumento abusivo per evitare le procedure ad evidenza pubblica che presiedono all'attività contrattuale delle amministrazioni locali.

La legge finanziaria per il 2008 (art. 3 commi da 27 a 33 della legge 244/2007) ha posto una disciplina vincolistica di tipo formale e sostanziale in tema di costituzione di società e di partecipazioni pubbliche, nel senso che una volta accertata l'esistenza dei requisiti di legge ostativi alla costituzione di nuove società o al mantenimento di partecipazioni, le pubbliche amministrazioni devono cedere a terzi, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le società e le partecipazioni vietate entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria per il 2008 (art.3 comma 29 legge 244/2007).

La decisione per l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali deve essere quindi obbligatoriamente formalizzata mediante una delibera di autorizzazione adottata dall'organo competente, congruamente motivata in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti.

Il provvedimento, pertanto, deve esplicitare chiaramente la coerenza della scelta di costituzione della società o dell'acquisizione di quote in una già attiva con le finalità istituzionali dell'amministrazione.

Qualora sia invece accertata l'esistenza di elementi ostativi alla costituzione di nuove società o al mantenimento di partecipazioni, le pubbliche amministrazioni devono cedere a terzi, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le società e le partecipazioni vietate entro il 31 dicembre 2010.

Nell'una o nell'altra prospettiva l'ente non può prescindere dalla verifica di coerenza, che, anche nell'evoluzione del quadro normativo (art. 19, comma 2, lett. b della legge n. 102/2009) è stata confermata come obbligatoria.

L'analisi peraltro non si concretizza in una semplice ricognizione, ma in un esame accurato della fattibilità della scelta costitutiva o della partecipazione,

da sostenere con studi e riscontri (operatività effettiva dell'organismo, grado di capitalizzazione, esistenza di strategie per il suo sviluppo futuro, ecc.).

Il dato interpretativo evidenzia quindi come le Società partecipate (sia di secondo che di terzo livello) rientrino nella sfera di influenza del socio di riferimento (ente locale) e come lo stesso possa intervenire (direttamente o per via mediata) sulle strategie e sugli assetti delle stesse.

Tale elemento contempera (in termini ovviamente più restrittivi) le aperture interpretative dell'art. 13 della legge n. 248/2006 riferibili all'autonomia (operativa) delle Società partecipate di terzo livello.

L'inclusione delle Società partecipate di terzo livello nel sistema dell'ente locale, parametrato alle sue finalità istituzionali, determina dunque per queste la c.d. "funzionalizzazione pubblica" e la necessità che le modifiche all'assetto societario rispettino le linee di principio indicate dall'ordinamento comunitario.

6. La costituzione di una Società partecipata di terzo livello da parte di una Società partecipata di secondo livello.

Sulla base degli elementi sopra rappresentati si deve rilevare che una società partecipata (di secondo livello) quando voglia costituire un'altra società, nella quale far entrare altri soci, deve rispettare le regole dell'evidenza pubblica nella scelta del socio privato.

Tale posizione trova conferma in quanto stabilito dalla Commissione delle Comunità Europee con la Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) C(2007)6661 del 5 febbraio 2008.

In tale documento (elaborazione conseguente al Libro Verde sul PPP del 2004 e ad una precedente comunicazione interpretativa del 2006) la Commissione afferma che indipendentemente dalle modalità di costituzione del PPPI, le disposizioni di diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni impongono all'amministrazione aggiudicatrice di seguire una procedura equa e trasparente quando procede alla selezione del partner privato che, nell'ambito della sua partecipazione all'entità a capitale misto, fornisce beni, lavori o servizi, o quando procede all'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a un'entità a capitale misto. In ogni caso, le amministrazioni aggiudicatrici non possono "ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista".

E' opportuno rilevare come questo si rifletta sulle diverse modalità di instaurazione di un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI), il quale si traduce in genere:

- nella costituzione di una nuova impresa il cui capitale è detenuto

congiuntamente dall'amministrazione aggiudicatrice e dal partner privato (in alcuni casi, da più amministrazioni aggiudicatrici e/o più partner privati), e nell'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a tale entità a capitale misto di nuova costituzione; oppure

- nella partecipazione di un partner privato a un'impresa pubblica già esistente che esegue appalti pubblici o concessioni ottenuti in passato nell'ambito di una relazione "interna".

Nel quadro comunitario, nel novero delle "amministrazioni aggiudicatrici" rientrano anche le Società a partecipazione pubblica totalitaria (com'è il caso di Beta).

Conseguentemente, tali Società, nel momento in cui intendano costituire una Società mista quale forma di PPPI, devono procedere alla selezione del socio privato nei termini previsti dal quadro comunitario.

Tali elementi, desumibili sempre dalla Comunicazione interpretativa della Commissione UE del 5 febbraio 2008 si fondano sul presupposto per cui per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto.

Tale linea interpretativa è ormai consolidata nell'ordinamento nazionale, in quanto "modulata" dal Consiglio di Stato, sez. II consultiva, con il parere n. 457 adunanza 18 aprile 2007, in materia di costituzione e di affidamento di servizi a società miste, nonché sempre dal Consiglio di Stato, Ad. Plen., con la sentenza n. 1 del 3 marzo 2008 (successivamente richiamata in più sentenze delle sezioni giurisdizionali del supremo organo di giustizia amministrativa tra il 2008 e il 2009, come ad es. la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 4080 del 25 agosto 2008).

La stessa linea comunitaria è stata infine recepita recepita nell'art. 23-bis della legge n. 133/2009 (mediante modifica apportata dall'art. 15 della legge n. 166/2009), il quale, al comma 2, stabilisce che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia,

imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;

b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

Una amministrazione aggiudicatrice (com'è il caso di Beta), quindi, qualora voglia costituire una Società mista sua controllata o voglia aprire la stessa Società a nuovi soci privati deve seguire il percorso delineato dal quadro ordinamentale comunitario: tale situazione è stata peraltro censita specificamente dal Consiglio di Stato, sez. VI, nella sentenza n. 4603 del 23 settembre 2008 (relativa ad una Società interamente partecipata da enti locali, che ha deciso di costituire una società mista per la realizzazione di specifici lavori).

7. Conclusioni.

Nel caso rappresentato, l'apertura ad altri soci privati (o meglio, il completo riassetto della parte di azioni di Alfa in capo ai privati, con l'apertura ad altri soci) ha determinato l'entrata di Delta in Gamma, comportando la modifica della compagine originariamente scelta (da Beta).

Tale situazione, rispetto agli elementi sopra rilevati, comportava lo sviluppo di un percorso che doveva risultare necessariamente conforme ai quadro comunitario, dato che la compagine sociale di Gamma (si presume originariamente composta da soggetti selezionati con procedura ad evidenza pubblica, come soci operativi) era destinata a trasformarsi sostanzialmente (sia sul piano delle partecipazioni azionarie, sia su quello delle potenzialità di intervento di un ulteriore socio).

La compagine originaria di Gamma, infatti, era stata determinata sulla base di un vincolo particolare, non regolato unicamente dal diritto societario, ma dal rapporto necessario con Beta, in chiave di funzionalizzazione specifica (pubblica, mediata) delle attività di Alfa.

In sostanza Gamma (meglio, Gamma come risultante dei soci Consorzio e altri privati) era stata scelta non solo come socio di Alfa, ma anche come "realizzatore" delle attività (trasferimento di know how).

Dall'analisi del caso risulta anche un'ipotesi con ulteriore criticità: qualora nemmeno Gamma fosse stato scelto con gara (e come socio operativo), Beta dovrebbe verificare la compatibilità di Alfa con l'ordinamento comunitario.

