

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI ALLA PROVA DEL PNRR



MODENA, 11 MAGGIO 2023

Società pubbliche

Avv. Daniela Anselmi



Le società pubbliche nel d.lgs. n. 36/2023

Il **d.lgs. n. 36/2023** tratta la tematica delle società pubbliche in diversi modi:

- **rinvia generalmente al d.lgs. n. 201/2022**, in materia di servizi pubblici, nonché **al d.lgs. n. 175/2016** sulle società a partecipazione pubblica. A sua volta il decreto sui servizi pubblici rinvia al nuovo codice dei contratti pubblici quanto alla disciplina degli affidamenti
- prevede **norme ad hoc** per alcune tipologie di affidamento
- detta alcune definizioni negli **allegati**

Le società pubbliche nel d.lgs. n. 36/2023 le norme di coordinamento e rinvio

Art. 7 d.lgs. n. 36/2023

*... 3. L'affidamento in house di servizi di interesse economico generale di livello locale è **disciplinato dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201.***

Le norme di riferimento del d.lgs. n. 201/2022 sono gli art. 14 in merito alle possibilità di affidamento e l'art. 17 sulle società in house

L'affidamento in house è definito all'art. 3 lett. e) allegato I.1 d.lgs. n. 36/2023:

*e) «affidamento in house», l'affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato definita dall'articolo 2, comma 1, lettera o), del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, **di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175** e alle condizioni rispettivamente indicate dall'articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE e dall'articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, nonché, per i settori speciali, dall'articolo 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE;*

Le società pubbliche nel d.lgs. n. 36/2023 le norme di coordinamento e rinvio

Art. 13 d.lgs. n. 36/2023

.... 3. Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti di società e alle operazioni straordinarie che non comportino nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture. Restano ferme le disposizioni del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, in materia di scelta del socio privato e di cessione di quote o di azioni.

Si segnala un contrasto tra l'art. 10 comma 2 d.lgs. n. 175/2016 che prevede l'alienazione di quote sociali anche tramite la «*negoziazione diretta*» mentre l'art. 16 comma 2 d.lgs. n. 201/2022 prevede unicamente l'«*evidenza pubblica*»

Le società pubbliche nel d.lgs. n. 36/2023 e le norme di coordinamento e rinvio

L'art. 176 d.lgs. n. 36/2023 specifica che *“alle concessioni di servizi economici d'interesse generale si applicano le norme della presente Parte; per i profili non disciplinati si applica il decreto legislativo n. 201/2022 recante il testo unico in materia di servizi pubblici locali, nonché le altre norme speciali di settore.”*

L'art. 181 prevede: *«1. I servizi non economici d'interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della presente Parte.*

2. La presente Parte non si applica altresì alle concessioni di cui agli articoli 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014. (esse sono le concessioni relative: ai servizi affidati alle autorità pubbliche, a reti pubbliche di comunicazione, a reti idriche, ai servizi affidati a imprese collegate o joint venture, ai mercati liberalizzati, all'ambito del settore pubblico come l'in house)

3. ...di applicazione della presente Parte si applicano i principi dettati dal Titolo I della Parte I del Libro I. (artt. 1-12)»



Le norme del d.lgs. n. 201/2022 che rinviano al d.lgs. n. 36/2023

L'art. 14 d.lgs. n. 201/2022 definisce le modalità per affidare il servizio pubblico. Esse sono l'affidamento tramite evidenza pubblica (**art. 15**), l'affidamento a società mista (**art. 16**) e l'affidamento a società in house (**art. 17**).

In particolare,

L'art. 15 d.lgs. n. 201/2022 prevede che le autorità competenti affidano il servizio attraverso la disciplina del codice dei contratti pubblici

Qualora trattasi di appalto si segue la disciplina di cui alla Parte V Libro II del d.lgs. n. 36/2013, mentre qualora si tratti di concessioni si guarda alla Parte II del Libro IV del d.lgs. n. 36/2023

Sebbene l'art. 15 d.lgs. n. 201/2022 rinvia al d.lgs. n. 36/2023, a sua volta l'art. 176 di tale decreto prevede che *«per i profili non disciplinati si applica il decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201,»*



Le norme del d.lgs. n. 201/2022 che rinviano al d.lgs. n. 36/2023

L'art. 16 d.lgs. n. 201/2022 prevede che le autorità competenti possono affidare i servizi pubblici a società miste in cui il socio privato è individuato secondo la disciplina del codice dei contratti pubblici.

A differenza del d.lgs. n. 50/2016, dove era prevista l'art. 5 comma 9 che affermava espressamente la necessità di individuare tramite evidenza pubblica il socio privato, nel d.lgs. n. 36/2023 non è prevista una norma corrispondente.

Ad ogni modo, è l'art. 17 d.lgs. n. 175/2016 che disciplina la **gara a doppio oggetto**.

L'art. 17 d.lgs. n. 201/2022 regola l'affidamento a società in house rispetto al quale vedremo in seguito una discrasia con l'art. 7 d.lgs. n. 36/2023

Il d.lgs. n. 36/2023 rinvia al d.lgs. n. 201/2022 che a sua volta rinvia al d.lgs. n. 175/2016



È, perciò, necessario coordinare i tre testi normativi al fine di avere una visione completa della disciplina degli affidamenti riguardo alle società pubbliche.

Proprio in ottica di semplificazione nella stesura del d.lgs. n. 36/2023, la tecnica del rinvio esterno è stata ritenuta una scelta vincente per ridurre le parole utilizzate e snellire il testo. Tuttavia, nel coordinamento tra i vari testi si trovano delle discrasie (ad esempio in tema di motivazione dell'in house) che dovranno essere risolte solo dagli interpreti e dagli utilizzatori nella pratica.

Le società pubbliche nel d.lgs. n. 36/2023, le norme ad hoc

Il principio di auto-organizzazione amministrativa



Art. 7 del nuovo codice pubblici d.lgs. n. 36/2023

1. Le pubbliche amministrazioni **organizzano autonomamente** l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso **l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione** nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione.

2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **possono affidare direttamente a società in house** lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un **provvedimento motivato** in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al **perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche**. In caso di **prestazioni strumentali**, il provvedimento si intende **sufficientemente motivato** qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato.

3. **L'affidamento in house di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal decreto legislativo n. 201/2022.**

Il principio di auto-organizzazione amministrativa



L'art. 7 del d.lgs. n. 36/2023 va a sostituire l'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016, che prevedeva una procedura per l'iscrizione nell'elenco ANAC degli enti che affidano in house, nonché gli adempimenti valutativi e motivazionali per procedere ad affidare in house

Si segnala al riguardo che, benché sia venuto meno il registro ANAC per le iscrizioni degli enti che affidano in house, il d.lgs. n. 36/2023 prevede comunque l'art. 23. sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici per cui al comma 5 *«Con proprio provvedimento l'ANAC individua le informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche di cui all'articolo 25. **Gli obblighi informativi di cui al primo periodo riguardano anche gli affidamenti diretti a società in house di cui all'articolo 7, comma 2.»***

Il principio di auto-organizzazione amministrativa



Secondo l'art. 7 la pubblica amministrazione **non è totalmente libera nello scegliere la tipologia di affidamento** da utilizzare, dovendo previamente motivare e giustificare la scelta dell'in house.

Al riguardo è bene precisare che l'art. 7 del nuovo codice:

- In generale richiede un **provvedimento motivato**
- In particolare, in caso di **prestazioni strumentali**, il provvedimento si intende **sufficientemente motivato** qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici.

Questa disposizione è da coordinare con l'art. 17 d.lgs. n. 201/2022

L'art. 7 d.lgs. n. 36/2023 e l'art. 17 d.lgs. n. 201/2022 a confronto

L'art. 17 del d.lgs. n. 201/2022, a differenza dell'art. 7 d.lgs. n. 36/2023, in caso di affidamento in house chiede una **motivazione qualificata** che deve dare *“conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato...”* e di altri precisi parametri da considerare per motivare la scelta. Ciò riguarda i servizi sopra soglia di rilevanza europea.

Diversamente l'art. 7 d.lgs. n. 36/2023 richiede una generica motivazione senza alcun riferimento al «mancato ricorso al mercato» o alle eventuali alternative di affidamento, arrivando addirittura ad un minimo livello di motivazione «sufficiente» per le società strumentali, a cui l'art. 17 d.lgs. n. 201/2022 non accenna, riferendosi unicamente agli affidamenti per importi superiori alle soglie di rilevanza europea e ai servizi a rete

Ne può conseguire che per i servizi inferiori alle soglie basterà la motivazione generica di cui all'art. 7 d.lgs. n. 36/2023

Le società pubbliche nel d.lgs. n. 36/2023

Gli allegati e le definizioni



L'organismo di diritto pubblico è definito all'art. 1 lett. e) allegato I.1 d.lgs. n. 36/2023 (riprende l'art. 3 comma 1 lett. d) d.lgs. n. 50/2016 **senza modifiche sostanziali**):

e) «organismo di diritto pubblico», qualsiasi soggetto, anche avente forma societaria:

1) dotato di capacità giuridica;

2) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, attraverso lo svolgimento di un'attività priva di carattere industriale o commerciale;

3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico;



Le società pubbliche nel d.lgs. n. 36/2023

Gli allegati e le definizioni

L'impresa pubblica è definita all'art. 1 lett. f) allegato I.1 d.lgs. n. 36/2023 (riprende il testo dell'art. 3 comma 1 lett. t) d.lgs. n. 50/2016 senza **modifiche sostanziali**) :

f) «impresa pubblica», l'impresa sulla quale le stazioni appaltanti (amministrazioni aggiudicatrici nel d.lgs. n. 50/2016) possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano detta impresa. L'influenza dominante è presunta quando le stazioni appaltanti, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:

- 1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;*
- 2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;*
- 3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza*