

Direttore

Donatantonio Mastrangelo

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Comitato scientifico

Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Angelo Giuseppe Orofino

Libera Università Mediterranea

Annamaria Bonomo

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

ISTITUZIONI E PROSPETTIVE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO



La collana vuol proporre nuovi studi giuridici che considerino aspetti istituzionali dell'organizzazione, dell'attività, della giustizia amministrativa da prospettive atte a coglierne inquadramento sistematico, ragioni storiche, linee evolutive. Opere che, coniugando il rigore scientifico alla chiarezza e brevità espositive, possano rispondere anche ad esigenze didattiche universitarie e di qualificazione o aggiornamento professionale.

Giovanni Andriani
Massimo Chiappetta
Andrea Napolitano
Gaetano Scazzeri

Le società a partecipazione pubblica

Natura giuridica, profili di responsabilità, prospettive di riforma

Prefazione di
Raffaello Capunzo





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-0595-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2017

«Perché una società vada bene, si muova nel progresso, nell'esaltazione dei valori della famiglia, dello spirito, del bene, dell'amicizia, perché prosperi senza contrasti tra i vari consociati, per avviarsi serena nel cammino verso un domani migliore, basta che ognuno faccia il proprio dovere».

Giovanni Falcone

- 13 *Prefazione*
di Raffaello Capunzo
- 15 *Introduzione*
- 17 Capitolo I
La gestione dei servizi pubblici nell'evoluzione normativa
di Giovanni Andriani
- 1.1. La presenza dello Stato nell'attività erogatrice di servizi pubblici, 17 –
1.2. La nozione di servizio pubblico locale, 49 – 1.3. La nozione di servizio
pubblico in ambito europeo, 70
- 87 Capitolo II
Le modalità di affidamento dei servizi pubblici
di Andrea Napolitano
- 2.1. La gestione in economicità, 87 – 2.2. L'esternalizzazione del servizio a
privati, 96 – 2.3. L'affidamento del servizio a società miste, 114 – 2.4.
L'affidamento del servizio a società *in house providing*, 137 – 2.4.1.
L'evoluzione del modello *in house providing* in seguito alle Direttive 2014,
150 – 2.5. La scelta dell'amministrazione: tra società miste e società *in hou-*
se, 155
- 173 Capitolo III
La responsabilità degli amministratori delle partecipate
di Giovanni Andriani
- 3.1. Le forme di responsabilità degli amministratori delle società partecipa-
te, 173 – 3.2. La rilevanza penale delle condotte illecite degli amministratori,
190 – 3.3. La responsabilità contabile degli amministratori, 237
- 255 Capitolo IV
Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica
di Andrea Napolitano
- 4.1. L'ambito di applicazione, 255 – 4.2. La sentenza della Corte costituzionale
25 novembre 2016, nr. 251, 262 – 4.3. Il c.d. decreto correttivo, 267

275 Capitolo V

La prevenzione della corruzione nelle partecipate

di Gaetano Scazzeri

5.1. La corruzione quale fenomeno sociale, 275 – 5.2. L'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza, 277 – 5.3. Il Piano Triennale di prevenzione alla corruzione, 283 – 5.4. La trasparenza amministrativa, 288 – 5.5. Il responsabile della prevenzione della corruzione, 298 – 5.6. L'inconferibilità e l'incompatibilità degli incarichi nelle società a partecipazione pubblica, 302 – 5.7. Le disposizioni del c.d. Codice dei contratti pubblici in materia di società a partecipazione pubblica, 313 – 5.7.1. L'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, 316 – 5.7.2. Le procedure di consultazione avviate dall'A.N.A.C. sul punto, 326

335 Capitolo VI

L'attività della Guardia di Finanza nel settore della spesa pubblica

di Massimo Chiappetta

6.1. Le partecipate: dimensioni di un fenomeno, 333 – 6.2. Giurisdizione sulle partecipate pubbliche, brevi richiami, 335 – 6.3. Indicatori di rischio e necessità degli apparati di controllo, 339 – 6.4. La nozione di spesa pubblica, 340 – 6.5. La procedura contabile di spesa, 364 – 6.6. I poteri di controllo della Guardia di Finanza sulla spesa pubblica, 369 – 6.6.1. I poteri di intervento della Guardia di Finanza, 382 – 6.6.2. I profili organizzativi della Guardia di Finanza, 386 – 6.6.2.1. Il Comando Generale, 386 – 6.6.2.2. Il ruolo centrale del Nucleo Speciale Spesa Pubblica e Repressione Frodi Comunitarie, 386 – 6.6.2.3. Funzioni del Nucleo Speciale Anticorruzione. Sinergie tra componenti specialistiche e territoriali, 389 – 6.7. Le attività della Guardia di Finanza nel settore della spesa pubblica, 391 – 6.7.1. La pianificazione delle attività operative, 392 – 6.7.2. Gli interventi ispettivi della Guardia di Finanza, 394 – 6.8. Le attività di controllo della Guardia di Finanza nel settore della spesa pubblica, 404 – 6.8.1. Le attività di collaborazione con soggetti istituzionali esterni, 408 – 6.9. Il potenziamento delle misure di contrasto alle frodi in danno dei bilanci dell'Unione Europea, dello Stato e degli Enti territoriali, 411 – 6.10. Il settore degli appalti pubblici, 415 – 6.10.1. La centralizzazione degli acquisti, 429 – 6.11. La nuova normativa in materia di concessioni, 433

441 Capitolo VII

Le misure di prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti

di Massimo Chiappetta

7.1. Premessa, 439 – 7.2. La disciplina in materia di misure antimafia, 441 – 7.2.1. La documentazione antimafia, 452 – 7.2.2. Le infiltrazioni mafiose, 454 – 7.3. La realizzazione delle attività operative, 458 – 7.4. Gli ulteriori strumenti antimafia, 464 – 7.5. Le attività di vigilanza presso i cantieri, 475 – 7.6. Le attività finalizzate al tracciamento dei flussi finanziari, 482

489 *Conclusioni*

491 *Bibliografia*

Prefazione

di Raffaello Capunzo¹

L'impostazione del volume si presenta come analisi alternativa delle società a partecipazione pubblica, che sono oggi più che mai oggetto di attenzione da parte del legislatore e degli operatori del diritto in conseguenza dell'emanazione del Testo Unico, considerato uno degli aspetti più importanti della più generale riforma della Pubblica amministrazione tutt'ora in corso, la cui concreta ed efficace attuazione è suscettibile di avere un impatto particolarmente rilevante nel panorama giuridico.

Il lavoro sinergico e proficuo tra studiosi della materia e appartenenti al Corpo della Guardia di Finanza permette, infatti, di esaminare il tema da un punto di vista non solo prettamente teorico ma anche pratico in riferimento, nello specifico, alla attività della G.di F. ai fini della tutela della spesa pubblica.

La riduzione di quest'ultima a scopi di riequilibrio finanziario è uno dei principali obiettivi che il legislatore ha perseguito, anche grazie al chiarimento di una serie di dubbi sui confini tra pubblico e privato e tra disciplina generale e speciale.

Si tratta di una politica legislativa contraria all'utilizzo incondizionato dello strumento societario, orientata, quindi, verso un impiego di questo modello strettamente collegato a casi specifici di straordinaria necessità, con la conseguenza che l'amministrazione non debba, di regola, svolgere attività d'impresa, e che, nei casi previsti dalla legge, debba farlo restando comunque assoggettata alla disciplina pubblicistica.

1. Professore di Istituzioni di diritto pubblico nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Napoli "Federico II".

In particolare, si tratta di regole introdotte per la razionalizzazione della Pubblica amministrazione e, per ridurre l'impatto sulla finanza pubblica, improntate a fronteggiare la tentazione di una sottrazione delle imprese pubbliche al modello pubblicistico e una loro riconduzione esclusiva a quello privatistico, al fine di evitare meccanismi distorsivi della concorrenza.

L'attuale legislatore ha mostrato quindi, come scelta di politica interna, un certo sfavore nei confronti dell'utilizzo da parte dello Stato del modello societario a differenza di quanto previsto dal diritto europeo, caratterizzato da un atteggiamento di neutralità in riferimento alla proprietà pubblica o privata delle imprese erogatrici di servizi pubblici.

Come già sottolineato in dottrina, l'impostazione che caratterizza gli ultimi interventi in materia risulta cioè indirizzata verso una connotazione pubblicistica delle società a partecipazione pubblica atta a giustificare un insieme di regole e vincoli volti ad allontanarle dal settore privato, all'interno del quale l'efficienza viene essenzialmente correlata all'interesse degli azionisti e agli impulsi del mercato.

Ne deriva, pur senza nascondere le criticità evidenziate da più parti, che con questo testo unico il settore delle società a partecipazione pubbliche abbia finalmente acquisito «il bene prezioso di una disciplina unitaria», capace di esaltare, con una previsione organica e idonea ad eliminare le storture, le inefficienze e gli abusi dell'utilizzo del modello societario, il ruolo dello Stato nell'economia che, vista l'attuale crisi finanziaria, risulta essere ancora più rilevante e fondamentale.

Per gli stessi motivi può ritenersi certamente positivo il tempestivo ritorno del Governo sul T.U., in ossequio alla recente sentenza della Corte costituzionale, auspicando che il decreto correttivo sia in grado di recepire le istanze migliorative espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa.

Introduzione

Il presente volume, diviso in sei capitoli, si prefigge l'obiettivo di indagare la ricaduta delle recenti novità legislative nel settore delle società a partecipazione pubblica.

Al fine di rappresentare in modo omogeneo e lineare l'intera evoluzione normativa nel settore, si è ritenuto opportuno dedicare la prima parte del lavoro all'analisi della nozione di servizi pubblici e alle modalità di affidamento degli stessi, dando conto dei molteplici interventi legislativi e giurisprudenziali, anche europei, fino al punto di approdo costituito dall'emanazione del Testo Unico del 2016 in materia di società a partecipazione pubblica.

Si tratta di un testo attraverso il quale il legislatore delegato ha inteso ricomporre e definire, in maniera chiara e in un contesto unitario, l'intera disciplina attraverso: la precisazione del suo ambito; l'indicazione dei tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica; la previsione di condizioni e limiti per la costituzione, l'acquisizione e il mantenimento di tale partecipazione; il rafforzamento degli oneri motivazionali della scelta di costituire società a partecipazione pubblica; l'introduzione dell'obbligo di revisione delle partecipazioni detenute, fino alla loro messa in liquidazione o cessione, se non inquadrabili nelle finalità o categorie previste dallo stesso decreto; la razionalizzazione della *governance* delle società partecipate, con particolare riferimento alle ipotesi di crisi di impresa; l'introduzione di specifici requisiti per i componenti degli organi amministrativi e di controllo della società; il coordinamento delle disposizioni vigenti in tema di responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate; l'introduzione della struttura competente per il controllo ed il monitoraggio sulla

attuazione del decreto; il coordinamento della disciplina nazionale in materia di *in house providing* con quella europea, secondo le Direttive del 2014 recepite dal nuovo Codice degli appalti pubblici, contenuto nel d.lgs. 50/2016.

Come si avrà modo di specificare nel corpo del lavoro, può evidenziarsi che l'intervento del legislatore delegato è orientato a promuovere l'efficienza della gestione amministrativa, l'eliminazione degli sprechi e un restringimento della presenza dei soggetti pubblici nel mercato, dovuto a una più rigorosa funzionalizzazione di tale loro intervento rispetto al perseguimento dei propri scopi istituzionali ed alla realizzazione di precisi obiettivi di interesse generale.

Lo stesso Testo Unico è apparso inoltre risolutivo delle questioni sollevate dalla giurisprudenza e dalla dottrina per quanto concerne non soltanto l'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali, ma anche la natura della responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica, aspetto analizzato nello specifico nel terzo capitolo del presente lavoro.

Strettamente collegati alla *voluntas* legislativa riscontrabile nel Testo Unico, indirizzata verso un importante e proficuo controllo della spesa pubblica, sono i due capitoli finali del volume all'interno dei quali, grazie alla produttiva collaborazione di appartenenti al Corpo della Guardia di Finanza, è stato possibile analizzare l'attività dell'Istituzione stessa, con particolare riguardo alla tutela della spesa pubblica e alle misure di prevenzione delle infiltrazioni criminali negli appalti pubblici.

In particolare, si approfondiranno le singole attività e discipline in materia di misure antimafia anche in riferimento alle frodi in danno dei bilanci dell'Unione Europea, tenendo ben presente l'insegnamento di Giovanni Falcone, secondo cui *«la corruzione, al pari della mafia, non si combatte nelle aule di giustizia ma tra i banchi di scuola»*.

La gestione dei servizi pubblici nell'evoluzione normativa

di Giovanni Andriani

1.1. La presenza dello Stato nell'attività erogatrice di servizi pubblici

Il servizio pubblico, nel nostro Paese così come nella quasi generalità delle moderne principali democrazie europee¹, è da considerare manifestazione empirica del concetto di monopolio naturale pubblico².

Con tale locuzione ci si riferisce a quella particolare condizione di equilibrio che si determina in un mercato all'interno del quale ben definiti servizi o determinati beni vengono forniti da un unico operatore che coincide con lo Stato (o con un ente pubblico).

Elemento peculiare dei mercati caratterizzati da un monopolio naturale è in genere la presenza di una non convenienza economica nell'erogazione di un servizio o nella vendita di un bene,

1. Per lungo tempo, negli ordinamenti europei, la funzione di garanzia di prestazioni finalizzata all'utilizzo di beni e servizi considerati essenziali per la collettività è stata considerata naturalmente propria dello Stato. È noto che in Francia, già nel 1873, con la celebre sentenza del Tribunale dei conflitti nel caso "Blanco", al *service public* viene attribuito un carattere di "naturale pubblicità" che trova riscontro e conferma nel pensiero di autorevoli giuristi quali L. Duguit e G. Jèze i quali raffigurano lo Stato come una federazione di servizi pubblici. R. SIBILLO, *Motivazioni e forme di intervento dello Stato nell'economia, con particolare riferimento al sistema delle partecipazioni statali*, Cedam, Padova, 1983, p. 125 e ss.

2. Si definisce monopolio naturale una configurazione industriale in cui il numero ottimale di imprese presenti sul mercato è uno.

indispensabili all'interno della collettività, o comunque considerati “non escludibili”³. Occorre infatti sottolineare che nel caso dei servizi pubblici, e quindi dei mercati all'interno dei quali lo Stato o gli enti locali giocano il ruolo di monopolisti naturali, manca la convenienza economica e quindi l'*input* fondamentale e necessario per l'ingresso di soggetti economici diversi da quelli istituzionali. Da un punto di vista concettuale e in termini generali la pubblicizzazione del servizio avviene nel momento in cui si realizza un “fallimento del mercato”, locuzione utilizzata per indicare – con linguaggio tipico della scienza delle finanze – l'incapacità di svolgere una determinata funzione di interesse generale in modo efficiente, senza sprechi e soprattutto utile per gli utilizzatori finali. Secondo la teoria economica sono queste difficoltà che stanno alla base di un intervento pubblico che, in concreto, può tradursi nella produzione del servizio da parte dell'Amministrazione oppure nella definizione, da parte della stessa, delle regole e delle condizioni che una impresa privata è inderogabilmente tenuta a soddisfare per fornirlo⁴. È però importante sottolineare che non sempre la soluzione a un fallimento del mercato, tipico della dinamica alla quale abbiamo appena accennato, viene individuata nell'intervento pubblico nella produzione di beni e servizi: esistono infatti forme di risposta alterna-

3. I servizi pubblici sono definiti da condizioni di non escludibilità dell'accesso e di non rivalità nella fruizione. Tuttavia, a quelli preordinati al soddisfacimento di interessi pubblici primari – come la sicurezza nazionale e interna, la salute pubblica, la produzione e amministrazione della legge, ecc. – si associa anche l'idea di “universalità” dell'accesso, cioè di un livello basso e non eccessivamente differenziato dei relativi costi. Anche a prescindere da tasse, tariffe, e da eventuali meccanismi volti alla loro riscossione, vi sono costi di accesso che dipendono dalle caratteristiche della produzione e dell'erogazione. Localizzazioni periferiche dell'utente (rispetto al centro di produzione) e qualità di connessione povera o eccentrica (difficoltà coi linguaggi usati per le istruzioni di accesso, per esempio) possono aumentare i costi. Gli stessi benefici propri della fruizione sono influenzati da differenze nelle condizioni geografiche, tecniche e organizzative dell'accesso. G. PIZZANELLI, *Servizi pubblici e principio di sussidiarietà tra società e Stato*, in www.astridonline.it.

4. D. IELO, V. LOPILATO, *Società miste locali e servizi pubblici: affidamento diretto, scelta del socio di minoranza e limiti all'attività extra moenia*, in *Giur. amm.*, 2002, p. 1409.

tive, quali per esempio l'introduzione di politiche di deregolamentazione⁵ dei mercati finalizzata all'abbattimento dei monopoli naturali o anche la contrattazione esterna di prestazioni di rilievo generale.

Non sempre l'intervento pubblico, determinato dall'insufficienza del mercato, si rivela una soluzione adeguata a soddisfare efficacemente gli interessi della collettività⁶.

L'esperienza anglosassone⁷ ha, nel corso del tempo, richiamato l'attenzione degli studiosi di diritto o di economia pubblica, nonché del legislatore, su forme di esternalizzazione dei servizi pubblici, ovvero di quella prassi che vede l'Amministrazione, per migliorare la sua efficienza nella gestione di alcune attività pubbliche, utilizzare degli organismi esterni al fine di garantire una maggiore efficienza.

L'esternalizzazione non rappresenta un istituto giuridico in senso stretto⁸, ma, di fatto, è uno strumento organizzativo dell'amministrazione⁹.

La prima forma di manifestazione di tale tecnica organizzativa è rinvenibile proprio in materia di servizi pubblici locali. Quando la Pubblica amministrazione sposta il centro della gestione di un servizio dal suo interno a società di diritto privato, non fa altro che "esternalizzare" il servizio stesso. L'affermazione di tale tipo di prassi è diretta conseguenza di esigenze scaturite dalla con-

5. L. MANCINI, *I contratti di utenza pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2002, II, p. 113.

6. Le inefficienze connesse alla produzione pubblica sono conosciute e individuabili, in estrema sintesi, in una concezione di vincolo di "bilancio morbido", che determina scarsi incentivi alla diminuzione dei costi e provoca un deficit di produttività generalizzato. Ebbene, la regolazione pubblica del mercato si pone come risposta ai limiti sopra descritti, inducendo i privati a un comportamento virtuoso, finalizzato al soddisfacimento dell'interesse collettivo. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, 4^a ed., Il Mulino, Bologna, 2007, p. 119.

7. M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini 2003, p. 134 e ss.

8. B. BORTOLOTTI, L. PELLIZZOLA, C. SCARPA, *Il Comune Azionista: un'analisi empirica del capitalismo municipale in Italia*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, p. 369 e ss.

9. D. IELO, V. LOPILATO, *Società*, cit., p. 1409.

formazione dell'assetto industriale, caratterizzato nel nostro Paese da una diffusa frammentazione gestionale a fronte di un mercato che presentava una forte accezione monopolistica, con la presenza di monopoli pubblici e di monopoli di fatto privati che costituivano spesso il risultato di concessioni di estesa durata costantemente rinnovate, ma anche di una endemica insufficienza dei sistemi di controllo.

Le misure adottate miravano a ottenere, da una parte, l'affermazione di idonei modelli organizzativi e industriali prevedendo, d'altro lato, sistemi di affidamento di tipo concorrenziale. Da qui l'innescarsi di un articolato processo di riforma partito nei primi anni Novanta e orientato a favore di una apertura del mercato dei servizi pubblici alla libera concorrenza.

Centrale a tal proposito è la Legge 142/1990 che, all'articolo 22, del quale si parlerà specificatamente in seguito, sancisce che i Comuni possono provvedere a organizzare e gestire i servizi pubblici attraverso la costituzione di società per azioni, a prevalente capitale pubblico, se lo stesso ente locale valuti utile la partecipazione del privato nella realizzazione dei compiti che istituzionalmente è chiamato a svolgere.

L'esternalizzazione è quindi sempre pensata per incrementare il livello di efficienza generale di gestione dei servizi pubblici essenziali e orientata a coinvolgere il privato proprio nell'intento ultimo di favorire la modernizzazione organizzativa delle funzioni tradizionalmente svolte dall'Ente Pubblico, stimolare l'innovazione tecnologica e, quindi, generare valore da redistribuire all'interno della collettività e dei diversi portatori di interessi che intervengono a vario titolo nella gestione del servizio pubblico stesso¹⁰.

Occorre altresì sottolineare come, esternalizzando i servizi, si determini un potenziamento e una sostanziale riconsiderazione del compito di regolazione da parte dei soggetti pubblici.

Ciò trova conferma nel modello istituzionale contemporaneo, sempre più focalizzato su una prospettiva di Stato snello, che de-

10. D. IELO, V. LOPILATO, *Società*, cit, p. 1094.