

5. Revisione e vigilanza

LA RIFORMA DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA NEL NUOVO TESTO UNICO



Il nuovo Testo unico sulle società a partecipazione pubblica interviene in modo complessivo sulla materia, ponendo fine a gran parte delle criticità che ad oggi ne hanno condizionato la corretta attuazione. Con il fine di assicurare chiarezza delle regole, semplificazione normativa e garantire la tutela e la promozione del fondamentale principio della concorrenza, il TU si sostituisce alle precedenti norme abrogandole, introducendo anche nuovi elementi quantitativi che costringeranno molte società alla chiusura. In realtà, come si vedrà, il decreto in analisi non risolve tutte le criticità, pertanto, nel lavoro ci si soffermerà sulle novità ritenute più significative che tracceranno il nuovo cammino per le società a partecipazione pubblica. In attesa che si attui il percorso di razionalizzazione normativa anche con l'approvazione del TU sui servizi pubblici locali, non può che accogliersi con favore quanto in atto, però con la consapevolezza che solo attraverso la sua applicazione sarà possibile comprenderne la portata ed eventualmente i correttivi.

/ Andrea ZIRUOLO *

Le numerose modifiche intervenute nel corso degli ultimi anni sulla normativa di riferimento delle società a partecipazione pubblica, ed in particolare di quelle a partecipazione locale¹, ne hanno resa incerta la gestione generando conseguentemente sprechi e affidamenti *border line*. Tale circostanza ha richiesto un intervento normativo complessivo sul tema che l'attuale Governo, delegato ad emanare un decreto legislativo per il riordino dell'intera disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche (art. 18 della L. 7.8.2015 n. 124), ha definito in sede di Consiglio dei Ministri il 20 gennaio 2016 attraverso l'approvazione di uno specifico Testo unico. Con il **TU in materia di società a partecipazione pubblica** va a concludersi l'*iter* di riforma avviato dal Governo Renzi con l'art. 23 del DL 24.4.2014 n. 66, in cui venne conferito

al Commissario Straordinario per la Revisione della Spesa l'incarico di predisporre un programma di razionalizzazione delle aziende speciali, delle istituzioni e delle società direttamente o indirettamente controllate dalle amministrazioni locali. Tale indirizzo aveva già trovato parziale accoglimento in norme precedenti. Infatti, l'art. 1 comma 611 e ss. della L. 190/2014 (legge di stabilità 2015), attribuiva alle singole amministrazioni l'incarico di adottare, entro il 31 marzo 2015, un piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, le modalità e i tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire. Entro il 31 marzo 2016 doveva essere predisposta una relazione sui risultati conseguiti.

Nell'ambito del più ampio piano di riorganiz-

* Professore straordinario di Economia Aziendale presso l'Università Gabriele d'Annunzio di Chieti-Pescara

1 Ziruolo A. "Valore pubblico e società partecipate. Tendenze evolutive della performance", Franco Angeli, Milano, 2016.

zazione delle amministrazioni pubbliche, con il TU richiamato il Governo intende assicurare chiarezza delle regole, semplificazione normativa che garantisca la tutela e la promozione del fondamentale **principio della concorrenza**.

Proprio su quest'ultimo principio, la necessità di dimostrarsi migliore di tutti gli altri Paesi dell'area CE nella gestione della "cosa" pubblica, evidente conseguenza delle ripetute indagini sulla corruzione nella PA italiana, ha spinto il legislatore nazionale nel TU sui servizi pubblici, anch'esso in fase di approvazione, ad introdurre requisiti rigidissimi per l'*in house providing*. Questi criteri, non presenti nel resto d'Europa (proprio perché l'affidamento diretto viene equiparato ad una gestione in economia²), minano la sopravvivenza dell'*in house providing*, incidendo con criteri trancianti sulla razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche che mira alla drastica riduzione complessiva del numero.

Il TU sulle società pubbliche interviene per dirimere più di una criticità operativa registrata nell'applicazione delle precedenti disposizioni

alle quali si sostituisce, abrogandole. In realtà, come si vedrà, il decreto in analisi non risolve tutte le criticità, pertanto, nel prosieguo del lavoro verranno richiamate e commentate le novità presenti nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica per poi affidare alle conclusioni la sintesi critica di quanto esposto.

IL TESTO UNICO SULLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

IL CONTENUTO

Conformemente a quanto stabilito dalla legge delega, il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica attua un coordinamento della copiosa normativa che si è succeduta nel tempo in materia, con l'intento di restituire coerenza e sistematicità all'intero sistema. Numerose sono le norme abrogate proprio perché riprese all'interno del TU. Il contenuto del decreto può essere così rappresentato:

• ambito di applicazione della disciplina	artt. 1 e 2
• individuazione dei tipi di società e le condizioni e i limiti in cui è ammessa la partecipazione pubblica	artt. 3 e 4
• rafforzamento degli oneri motivazionali e degli obblighi di dismissione delle partecipazioni non ammesse	artt. 5, 20 e 25
• razionalizzazione delle disposizioni in materia di costituzione di società a partecipazione pubblica ed acquisto di partecipazioni, nonché di organizzazione e gestione delle partecipazioni	artt. 7 e 8 artt. 6, 9, 10 e 11
• introduzione di requisiti specifici per i componenti degli organi amministrativi	art. 11
• definizione delle responsabilità	art. 12
• definizione di specifiche disposizioni in materia di monitoraggio, controllo e controversie delle società partecipate	artt. 13, 15 e 23
• introduzione di disposizioni specifiche in materia di crisi d'impresa, e assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali	art. 14
• riordino della disciplina degli affidamenti diretti di contratti pubblici, attuando il coordinamento delle disposizioni nazionali in materia di <i>house providing</i> con quelle europee	art. 16
• introduzione di disposizioni specifiche in materia di società a partecipazione mista pubblico-privata	art. 17
• introduzione di disposizioni specifiche in materia di quotazione delle società a controllo	art. 18

2 Vedasi Corte di giustizia UE 18.11.1999, causa C-107/98, *Teckal*.

• razionalizzazione delle disposizioni vigenti in materia di gestione del personale	artt. 19 e 26
• assoggettamento delle società partecipate agli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, stabiliti dal DLgs. 33/2013	art. 22
• razionalizzazione delle disposizioni finanziarie vigenti in materia di società partecipate dalle amministrazioni locali	art. 21
• attuazione di una ricognizione periodica delle società partecipate e l'eventuale adozione di piani di razionalizzazione	art. 20
• revisione straordinaria delle partecipazioni detenute dalle amministrazioni pubbliche, in sede di entrata in vigore del testo unico	art. 25

Di seguito, per necessità di sintesi e poiché si tratta di un primo commento, il tema verrà affrontato cercando di cogliere l'intento complessivo del legislatore, soffermandosi sui punti ritenuti più significativi.

AMBITI DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA

L'art. 1 del Testo unico reintroduce la possibilità, opportunamente motivata, di costituire nuove società o di acquistare partecipazioni in società già esistenti segnando apparentemente un'inversione di tendenza rispetto al recente passato. Tale scelta, infatti, comporta la necessità di affidare solo servizi per i quali la società pubblica affidataria risulti la più competitiva nel mercato (deve essere dimostrata la convenienza economica). Ciò richiede un *iter* istruttorio supportato da un'analisi di difficile superamento (art. 21, Testo unico sui servizi pubblici) che il presidente del Consiglio nazionale dell'ANCI, Enzo Bianco, nel corso dell'audizione alla Camera del 12 luglio 2016 sullo schema di decreto legislativo relativo al Testo unico sui servizi pubblici locali ha dichiarato essere una *probatio diabolica*.

Nel decreto il Governo ribadisce il **divieto per le pubbliche amministrazioni**, già sancito dall'art. 3 comma 27 della L. 244/2007, **di partecipazione a società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali**. Per semplificarne l'individuazione, l'art. 4 del Testo unico elenca le singole fattispecie nelle quali la partecipazione pubblica è ammessa. In **deroga** al suddetto principio generale è tuttavia consentito realizzare investimenti secondo i criteri propri di un qualsiasi operatore nazionale in economia di

mercato, purché finalizzati alla valorizzazione di beni immobili già esistenti nel patrimonio. A tal fine, sono state introdotte particolari disposizioni in materia di obblighi di motivazione della delibera di costituzione di una società o di acquisto di partecipazioni. L'atto, come già richiamato, dovrà essere analiticamente motivato e giustificato anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e sottoposto al vaglio della Corte dei conti, che potrà chiedere chiarimenti per una sola volta e formulare opportuni rilievi.

Al fine di garantire il rispetto della disciplina nazionale ed europea in materia di tutela della concorrenza ed aiuti di Stato alle imprese, l'atto dovrà essere, altresì, sottoposto all'attenzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Le vesti giuridiche richiamate nell'iniziale stesura dell'art. 3 erano esclusivamente quelle di spa o di srl (art. 3). Solo nella versione restituita dalle Commissioni parlamentari sono state inserite le partecipazioni in società consortili per azioni o a società consortili a responsabilità limitata ritenuto che, ai sensi dell'art. 2615-*ter*c.c., trattasi di spa e srl che perseguono scopi consortili. Nel definirne l'oggetto del decreto legislativo, l'art. 1 ne individua l'**ambito soggettivo** riferendone l'applicabilità a **tutte le società a partecipazione pubblica** (partecipazione totalitaria e controllo analogo, partecipazione di controllo e partecipazione non di controllo) **sia diretta che indiretta** da parte delle amministrazioni pubbliche indicate dall'art. 1 della L. 165/2001. Resta fermo che per quanto non derogato dal Testo unico si applicano la disciplina civilistica e le norme generali di diritto privato sulle società.

Anche in questo dispositivo normativo sono previste specifiche **deroghe** in caso di norme speciali e per le società quotate in mercati regolamentati.

Definito l'oggetto e riprendendo una pratica già presente in altre norme (vedasi il Dlgs. 118/2011), all'art. 2, il legislatore introduce il **glossario** della terminologia più critica utilizzata nel decreto per favorirne la corretta interpretazione. I significati offerti sono quelli relativi a:

- amministrazioni pubbliche;
- controllo;
- controllo analogo;
- controllo analogo congiunto;
- enti locali;
- partecipazione;
- partecipazione indiretta;
- servizi di interesse generale;
- servizi di interesse economico generale;
- società;
- società a controllo pubblico;
- società a partecipazione pubblica;
- società quotate.

Rinviano le definizioni all'art. 2 richiamato, si ritiene opportuno soffermarsi sui contenuti di:

- controllo analogo congiunto;
- servizi di interesse generale;
- servizi di interesse economico generale.

Infatti, sulla definizione di "**controllo analogo congiunto**" che nel Testo unico viene indicata come "*la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*" sarebbe stato opportuno, così come espresso dal Consiglio di Stato nel parere fornito sullo schema di TU durante il suo iter di formazione legislativa: "*riprodurre le definizioni contenute nelle fonti europee, anche al fine di evitare dubbi in ordine alla natura del controllo analogo e, in particolare, al fatto che non sia necessario che tale controllo venga esercitato in misura determinante da ciascuna amministrazione*".

Inoltre, occorre coordinare le disposizioni contenute negli artt. 2 e 16 del Testo unico. Al riguardo, il Consiglio di Stato nel proprio parere prosegue richiamando le condizioni per l'individuazione del controllo analogo congiunto secondo le direttive europee 2014. Le tre con-

dizioni, che devono essere tutte soddisfatte, sono le seguenti:

1. gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;
2. tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;
3. la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti (art. 12, terzo paragrafo, della direttiva 24/2014).

Relativamente alle definizioni di servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale, invece, si è ritenuto opportuno richiamarne le definizioni in quanto declinazioni dei servizi pubblici locali:

- con "**servizi di interesse generale**" si fa riferimento alle 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 assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e della coesione;
- con "**servizi di interesse economico generale**", invece, si individuano i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato.

ORGANIZZAZIONE, GESTIONE DELLE PARTECIPAZIONI E COMPOSIZIONE DELLE LITI

In materia di organizzazione e gestione della partecipazioni pubbliche, per le società in controllo pubblico il decreto prescrive l'adozione di **sistemi di contabilità separata** per ciascuna delle attività oggetto di diritti speciali

o esclusivi insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato. Sempre le società in controllo pubblico devono predisporre **specifici programmi di valutazione del rischio di crisi d'impresa**, di cui devono informare l'assemblea attraverso la relazione (di cui al comma 4 dell'art. 6 del Testo unico) avente ad oggetto la *governance* societaria. Inoltre, nella stessa relazione si dà atto degli esiti dell'applicazione facoltativa degli strumenti di governo societario quali: i regolamenti interni, l'istituzione dell'ufficio di controllo interno, i codici di condotta e i programmi di responsabilità sociale finalizzati a rafforzare l'efficienza e l'efficacia della gestione. Laddove la società non intenda avvalersi dei richiamati strumenti deve darne motivazione sempre nella sopra richiamata relazione che, in assenza del Testo unico sui servizi pubblici locali, deve seguire le indicazioni dell'art. 5 del Testo unico in analisi e dell'art. 34 del DL 174/2012.

Il decreto che si commenta, inoltre, individua puntualmente gli **organismi** preposti all'adozione delle delibere di costituzione di società a partecipazione pubblica, di acquisto di partecipazioni in società già costituite e di alienazione delle medesime, nonché gli organi a cui ne è demandata la gestione. Solo in casi eccezionali, con delibera analiticamente motivata dall'organo competente, è previsto che l'alienazione possa essere condotta mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente. Relativamente all'**organo amministrativo** delle società a controllo pubblico, nel solco dell'esigenza di riduzione degli sprechi, il TU (art. 11 comma 2) stabilisce come questi sia di norma costituito da un amministratore unico. Viene poi rimessa ad un successivo DPCM l'individuazione (art. 11 comma 1) dei requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia e (art. 11 comma 3) dei criteri in base ai quali l'assemblea può stabilire che la società sia amministrata da un Consiglio di Amministrazione di tre o cinque membri ovvero che sia adottato uno dei sistemi di amministrazione e controllo alternativi previsti dal codice civile (sistema monistico e sistema dualistico). Sempre nelle società a controllo pubblico, la composizione degli organi amministrativi collegiali deve rispetta-

re gli equilibri di genere. Sempre all'art. 11, il comma 6 rinvia ad apposito decreto del MEF la definizione dei **compensi** massimi erogabili, sia ai componenti degli organi amministrativi e di controllo, sia ai dirigenti e ai dipendenti. A tal fine, il TU, superando gli importi talvolta irrisori demagogicamente stabiliti dalla normativa attuale che impone remunerazioni non di mercato agli amministratori delle società pubbliche, indica che dovranno essere definite apposite fasce per la classificazione delle società in controllo pubblico, attraverso indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi specificamente individuati. A seguito di tale classificazione verrà stabilita la retribuzione annua lorda individuale che non potrà, comunque, eccedere i 240.000 euro, tenuto anche conto dei compensi eventualmente percepiti da altre amministrazioni pubbliche. Il decreto, inoltre, fissa il contenimento dei compensi complessivamente erogati correlandoli al principio di onnicomprensività della retribuzione.

Altro cambio di direzione rispetto alle disposizioni precedenti riguarda **l'impossibilità dei dipendenti delle P.A. controllanti o vigilanti di essere amministratori delle società in controllo pubblico** (art. 11 comma 8).

L'art. 12 del TU, dopo le modifiche che lo hanno caratterizzato nella fase istruttoria, reintroduce anche per le società semplicemente partecipate da P.A. la **competenza della Corte dei conti sul danno erariale** causato dagli amministratori e dipendenti. In particolare, avendo la norma individuato il danno erariale nella diminuzione del valore patrimoniale della partecipazione, ogni qual volta la società partecipata registrerà una perdita, a cui conseguirà la diminuzione del valore della partecipazione (ad esempio negli enti locali sono valorizzate con il "metodo del patrimonio netto" secondo l'all. n. 4/3, punto 6.1.3, lett. a e b), sarà ineludibile l'instaurazione di un giudizio contabile. In riferimento ai **componenti degli organi di amministrazione e controllo**, viene, inoltre, espressamente stabilito **l'assoggettamento alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali**, fatto salvo il danno erariale direttamente subito dagli enti partecipanti. Inoltre, l'art. 13 **superando**

la **percentuale civilistica** posta a tutela delle minoranze di cui all'art. 2409 c.c., **consente a ogni socio delle società in controllo pubblico di poter presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale**, indipendentemente dall'entità della partecipazione.

Viene, inoltre, prevista l'applicazione delle disposizioni relative al **ricorso ad arbitri**, di cui all'art. 217 del DLgs. 18.4.2016 n. 50, anche alle controversie relative a concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società a controllo pubblico. Infine, è disposta la successiva individuazione, presso il MEF, di una struttura competente per il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del Testo unico. A detta struttura è demandato il compito di fornire orientamenti e adottare le necessarie direttive sulla trasparenza e sulla separazione contabile, nonché di detenere l'**elenco pubblico di tutte le società a partecipazione pubblica esistenti**.

Il TU conserva le **sanzioni** previste nella vigente normativa per gli amministratori delle società partecipate dalle amministrazioni locali (art. 21):

- nel caso in cui le società con partecipazione di maggioranza pubblica, titolari di contratti in affidamento diretto per una quota superiore all'80% del valore della produzione, abbiano conseguito per un triennio consecutivo un risultato economico negativo devono procedere alla riduzione del 30% dei compensi corrisposti agli organi di amministrazione;
- la revoca per giusta causa degli amministratori che hanno conseguito un risultato economico negativo per due anni consecutivi. La sanzione richiamata non si applica nel caso in cui il risultato economico, benché negativo, sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante.

CRISI FINANZIARIA DELLA SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

Particolarmente significativo è l'intervento in

materia di crisi di impresa. Infatti, il decreto all'art. 14 dispone l'**assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle norme sul fallimento e sul concordato preventivo**, nonché, ove ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, ponendo fine al dibattito dottrinario e giurisprudenziale sulla fallibilità delle società a partecipazione pubblica. Sebbene tale svolta sul piano applicativo fughi positivamente i dubbi determinati dai differenti orientamenti giurisprudenziali³, sotto il profilo meramente teorico continuano a permanere perplessità sulla corretta individuazione dell'istituto societario a partecipazione pubblica per la gestione diretta ed indiretta dei servizi pubblici. Infatti, l'art. 2247 c.c., relativo al contratto di società, individuando nel dividendo a favore dei soci il fine ultimo del contratto di società evidenzia l'inadeguatezza dell'istituto ad essere strumento per la gestione di servizi pubblici. Inoltre, lo sbarramento garantito dalle procedure concorsuali sull'indebitamento delle società pubbliche evita agli enti locali proprietari di risponderne anche in caso di esercizio del controllo analogo. Tale circostanza determina effetti analoghi al *bail in* bancario, facendo ricadere sui fornitori gli effetti monetari della *mala gestio*. Fornitori che in numerose occasioni non si sono potuti sottrarre dall'esecuzione della fornitura proprio perché finalizzata all'erogazione di un servizio pubblico essenziale, come nel caso dei fornitori di energia elettrica per le pompe di sollevamento dell'acqua attraverso cui rifornire ospedali, ecc.

Il richiamato art. 14 contiene poi una serie di disposizioni limitanti l'intervento finanziario da parte degli enti partecipanti nei confronti delle società in crisi. In particolare **vieta alle amministrazioni pubbliche controllanti, nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento, di costituire, acquisire o mantenere partecipazioni in società che gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita**.

3 Ziruolo A., Barbiero A. "L'assoggettamento alle procedure concorsuali delle società pubbliche", in *questa Rivista*, 11, 2014, p. 130 ss.

TITOLARITÀ DI AFFIDAMENTI DIRETTI

Il decreto in analisi, all'art. 16, interviene stabilendo, in caso di titolarità di contratti in affidamento diretto, il **principio del divieto di partecipazione di capitali privati** nelle società titolari dei suddetti contratti, salvo il caso in cui non vi siano specifiche disposizioni di legge che, comunque, non comportino il controllo o il diritto di veto da parte del privato, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

Al fine dell'affidamento *in house*, l'art. 16 ribadisce quanto già presente nell'attuale normativa, ossia che l'amministrazione o le amministrazioni pubbliche esercitano sulla società affidataria un **controllo analogo** a quello esercitato sui propri servizi, ossia esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società. A tal fine, il requisito del controllo analogo può essere acquisito anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali.

Oltre alla totale partecipazione pubblica ed al controllo analogo, ai fini dell'affidamento diretto, è necessario un terzo requisito. Questo prevede che la società controllata deve conseguire oltre l'80% del proprio fatturato dall'ente o dagli enti partecipanti e che la produzione ulteriore sia consentita al solo fine di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza. In caso di mancato rispetto del limite dell'80% (comma 5), è previsto l'avvio di una specifica procedura finalizzata al risanamento dell'irregolarità e non alla immediata rescissione dell'affidamento diretto. Nell'individuazione della condizione di esercizio del controllo analogo possono sorgere difficoltà operative laddove si debba valutare la fattispecie del **"controllo analogo congiunto"**. Infatti, la definizione di "controllo" fornita all'art. 2 del TU, precisa come: *"Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo"*. Tale condizione comporta che affinché ci sia controllo congiunto, altrimenti non si comprende la precisazione

normativa, in occasione delle decisioni finanziarie (ad esempio approvazione del budget) e gestionali strategiche relative all'attività sociale, occorre che tutte le P.A. socie votino nella stessa direzione. Ebbene, laddove non dovesse esserci questa condizione di piena condivisione potrebbe non raffigurarsi più il "controllo analogo congiunto"? Conseguentemente si perderebbe uno dei tre requisiti per l'*in house providing*? In attesa che dottrina e giurisprudenza ne chiariscano i risvolti è opportuno non prevedere l'unanimità richiamata negli statuti societari e nei patti parasociali.

SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE MISTA PUBBLICO-PRIVATA E SOCIETÀ QUOTATE

Le società a partecipazione pubblico-privata, cosiddette "miste", sono consentite al solo scopo di realizzare e gestire un'opera ovvero organizzare e gestire un servizio d'interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato (art. 4 comma 2 lett. c del Testo unico), selezionato mediante l'espletamento di procedure aperte o, nei casi previsti dalla legge, di procedure competitive di negoziazione.

In tali fattispecie, la partecipazione privata non può essere inferiore al 30% e il socio o i soci pubblici devono mantenere, in ogni caso, una posizione di controllo sulla società. A tal fine, è prevista la possibilità di derogare alle disposizioni del codice civile in materia di amministrazione delle società. Inoltre, il TU stabilisce che il *partner* privato debba designare l'amministratore unico o delegato.

Particolare società mista è quella che rinviene i propri soci sul mercato finanziario, in quanto alle amministrazioni pubbliche è consentito di quotare azioni o strumenti finanziari di società a controllo pubblico in mercati regolamentati. In tali casi (art. 18 comma 1), l'atto deliberativo deve prevedere uno specifico programma avente ad oggetto il mantenimento o la progressiva dismissione del controllo pubblico sulla società quotata.

IL PERSONALE DIPENDENTE DELLE SOCIETÀ IN CONTROLLO PUBBLICO

Al personale delle società a controllo (art. 19 comma 1) si applicano le disposizioni del capo



l, titolo II del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, comprese quelle in materia di ammortizzatori sociali. La richiamata disposizione, ad avviso di chi scrive, pone termine all'applicazione del CCNL di comparto pubblico ai dipendenti delle società a partecipazione pubblica, salvo il caso in cui i dipendenti della società, provenienti dall'amministrazione affidataria dei servizi, abbiano optato per il mantenimento del contratto di lavoro in essere con l'amministrazione di provenienza.

È anche stabilito che le società a controllo pubblico adottino specifici provvedimenti che dettino i criteri e le modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità, nonché dei principi stabiliti dall'art. 35 del DLgs. 165/2001, in materia di assunzioni nelle amministrazioni pubbliche. In caso di mancata adozione dei richiamati provvedimenti, trova diretta applicazione quanto stabilito dall'art. 35 comma 3 del DLgs. 165/2001.

Inoltre (comma 8), in caso di **reinternalizzazione** di funzioni o servizi esternalizzati, è fatto specifico divieto alle amministrazioni controllanti di effettuare nuove assunzioni prima del riassorbimento del personale già dipendente della medesima amministrazione e transitato alle dipendenze della società interessata al processo di reinternalizzazione. Anche in questa circostanza la norma, ad avviso di chi scrive, poteva essere più chiara. Infatti, le amministrazioni pubbliche che non detengono partecipazioni di controllo sono obbligate a garantire la precedenza al personale della società partecipata?

Con disposizione transitoria è, infine, previsto che, entro sei mesi dalla pubblicazione del decreto in esame, le società a controllo pubblico effettuino una ricognizione del personale in servizio ed individuino eventuali eccedenze. Le suddette eccedenze saranno segnalate alla Presidenza del Consiglio, Dipartimento per la funzione pubblica, che provvederà a formare un apposito elenco dal quale, fino al 31 dicembre 2018, le società partecipate dovranno attingere al fine di incrementare, ove necessario, le proprie risorse. Sino alla medesima data

è, contestualmente, fatto divieto di procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato, salvo specifica deroga autorizzata dalla Presidenza del Consiglio.

RAZIONALIZZAZIONE ORDINARIA E STRAORDINARIA DELLE PARTECIPAZIONI PUBBLICHE

Ai sensi dell'art. 20 del Testo unico ed alla luce di quanto finora richiamato, le pubbliche amministrazioni effettuano **annualmente**, con provvedimenti da adottare entro il 31 dicembre di ogni anno, **la ricognizione delle partecipazioni possedute**. Dopodiché comunicano l'esito dell'indagine alla competente sezione di controllo della Corte dei conti e alla specifica struttura di vigilanza individuata presso il MEF.

L'attività richiamata comporta la stesura di piani di razionalizzazione, corredati da un'apposita relazione tecnica in cui sono indicati i tempi e le modalità di attuazione, nel caso in cui siano state rilevate:

- a) partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all'articolo 4 del TU;
- b) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
- c) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali o di società partecipate dichiarate fallite nei cinque anni precedenti;
- d) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro;
- e) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti;
- f) necessità di contenimento dei costi di funzionamento;
- g) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite dall'art. 4 del TU. L'elencazione sopra riportata evidenzia l'indirizzo del Governo a ridurre significativamente il numero di società a par-

tecipazione pubblica tenendo alta l'asticella del merito. Infatti, con riferimento ai punti d) ed e), il Governo non ha accolto le modifiche proposte in sede parlamentare che individuavano in 500.000 euro il fatturato minimo e nel 5% del fatturato il valore minimo delle perdite da registrare in quattro dei cinque esercizi precedenti.

Il punto c) dell'art. 20, diversamente da quanto sopra indicato, non richiama il divieto di mantenere o acquistare partecipazioni o costituire una nuova società, qualora gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita, evidenziando come al legislatore, che nell'elencazione intendeva essere esaustivo, sia sfuggito il suo stesso riferimento di cui all'art. 14 comma 6.

Entro il 31 dicembre dell'anno successivo, l'amministrazione socia deve procedere alla verifica dei risultati conseguiti attraverso il piano di razionalizzazione per poi trasmettere l'esito ai medesimi organi di vigilanza e controllo.

I piani di riassetto possono prevedere anche **lo scioglimento delle società partecipate o l'alienazione delle partecipazioni detenute**. In tali casi si applicano le disposizioni del codice civile in materia di operazioni straordinarie, salvo quanto diversamente disposto dal decreto in esame.

I piani di razionalizzazione devono essere adottati anche in caso di necessità di contenimento dei costi di funzionamento o di aggregazione di società esistenti.

Entro un anno dall'entrata in vigore del Testo unico è prevista la **cancellazione d'ufficio dal Registro delle imprese** delle società a controllo pubblico che per oltre tre anni consecutivi non abbiano depositato il bilancio di esercizio ovvero non abbiano compiuto atti di gestione. Prima di procedere alla cancellazione, il conservatore del Registro deve comunicare l'avvio del procedimento agli amministratori o ai liquidatori che possono, nei successivi 60 giorni, presentare formale domanda di prosecuzione dell'attività nei modi indicati al comma 9 dell'art. 20.

Oltre alla ricognizione "ordinaria" sopra descritta, il TU prevede anche una **procedura straordinaria** (art. 24) **di revisione delle società par-**

tecipate che coinvolge tutte le partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del TU commentato che non sono riconducibili a nessuna delle tipologie di società consentite e/o che non rispondano più alle finalità stabilite dal TU. La ricognizione "straordinaria" deve essere effettuata nei sei mesi successivi all'entrata in vigore del TU e trasmessa alla sezione di controllo della Corte dei conti affinché verifichi il puntuale adempimento delle disposizioni normative. Successivamente occorre procedere all'alienazione delle partecipazioni non consentite, da effettuarsi entro un anno dal termine di approvazione del piano.

In caso di mancato avvio ed esecuzione della procedura di revisione straordinaria da parte delle amministrazioni pubbliche, il socio pubblico non può esercitare diritti sociali nei confronti della società. È prevista, in ogni caso, la liquidazione in denaro delle partecipazioni, in base ai criteri generali stabiliti dal codice civile, e la successiva messa in liquidazione delle società coinvolte.

Al fine di favorire il processo straordinario di revisione delle partecipazioni, infine, al personale già impiegato in una società interessata alla procedura di alienazione, in occasione della prima gara di riaffidamento dell'appalto o della concessione cessata, sono applicate le disposizioni in materia di trasferimento di azienda.

CONCLUSIONI

Il decreto sopra commentato è certamente una valida risposta all'esigenza di disporre di un riferimento normativo unico rispetto alla miriade di disposizioni che finora hanno disciplinato, anche in modo contraddittorio, la materia delle società a partecipazione pubblica. Dalla lettura, però, non può tacersi come il suo contenuto presenti più di una incongruenza oltre a quelle già commentate. In particolare si richiama quella relativa all'esercizio del "controllo pubblico" in quanto la sua applicazione è distribuita lungo tutto il TU. Conseguentemente, al fine di sciogliere ogni titubanza applicativa dell'istituto, sarebbe stato



opportuno chiarirne meglio la nozione in cui il termine "**controllo**" riconduce il suo significato alla disciplina dell'art. 2359 c.c. Pertanto, in assenza di specifici riferimenti statuari o di patti parasociali, può definirsi in "controllo pubblico" una società in cui la "maggioranza" delle azioni è detenuta da più amministrazioni in cui nessuna detiene una partecipazione tale da garantire il controllo? Tale circostanza avrebbe richiesto una maggiore attenzione da parte del legislatore in quanto il decreto disciplina diversamente alcuni istituti a seconda che la partecipazione sia di controllo o meno. Ogni incertezza, invece, è fugata per le società totalmente pubbliche ed *in house providing* per le quali il legislatore, prevedendo il "controllo societario congiunto", le considera in controllo pubblico anche se nessuno degli enti partecipanti detiene una quota di controllo, salvo poi incorrere nei rischi richiamati nell'esercizio unanime degli indirizzi. Nonostante il grosso sforzo di sintesi e di normazione, il Testo unico presenta altre incongruenze. Infatti, pur prevedendo che le **perdite** non immediatamente ripianate nelle società controllate da enti locali richiedano da parte delle amministrazioni locali socie l'accantonamento ad un apposito fondo vincolato, di un importo pari al risultato negativo, non si rinvengono riferimenti al TU degli enti locali ed al DLgs. 118/2011 nei quali sono presenti numerosi rinvii alle società partecipate in tema di indirizzi politici, *performance*, controllo e bilancio consolidato. Questa circostanza potrebbe ancora una volta far interpretare que-

ste società come avulse dalla pianificazione dell'ente locale di cui, al contrario, sono parte integrante per le finalità pubbliche.

Dopo anni di incertezze quanto evidenziato non deve mettere in discussione la validità del progetto normativo e dei relativi indirizzi generali. Infatti, per una corretta gestione occorre disporre di riferimenti certi. Gli equilibri, invece, saranno conseguenti agli assestamenti che matureranno successivamente. Ciò su cui è invece fondamentale non ci siano indecisioni riguarda **l'esercizio dei controlli e della vigilanza**. Infatti, prevedere che le società commentate debbano essere sottoposte a verifiche da parte della Corte dei conti, dell'AGCM, degli organi di controllo dei soci, dei soci stessi, dei propri revisori (**diventa obbligatoria la figura del revisore unico in tutte le società in controllo pubblico**), significa ridurre le zone d'ombra che finora hanno caratterizzato l'azione di queste società determinando la deficitarietà di molte. Per di più le società in controllo pubblico devono garantire il massimo livello di trasparenza, ai sensi del DLgs. 33/2013 in materia di obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle P.A.

In attesa che si completi il percorso di razionalizzazione normativa con l'approvazione del nuovo decreto legislativo sui servizi pubblici locali, non può che accogliersi con favore quanto in atto, con la consapevolezza però che solo attraverso la sua applicazione sarà possibile comprenderne la portata ed eventualmente i correttivi.