

www.anselmiassociati.com  
info@anselmiassociati.com  
e-mail certificata: anselmiassociati@pec.it

Avv. Daniela Anselmi  
Avv. Giulio Bertone  
Avv. Daniela Adamo  
Avv. Sarah Garabello  
Avv. Alessio Anselmi  
Avv. Caterina Vaccaro  
Avv. Andrea Macchiavello  
Dott.ssa Chiara De Martino

Genova, 27 marzo 2017

**Centro Cultura Formazione e Attività Forensi**

**Il Nuovo Regime delle Società a Partecipazione Pubblica**  
**secondo il D.lgs. 175/2016**

\* \* \*

*Relazione dell'Avv. Daniela Anselmi, Presidente dell'Associazione Avvocati Amministrativisti Liguri "Carlo Raggi" e membro direttivo UNAA (Unione Nazionale Avvocati Amministrativisti)*

- 1) T.U. D.lgs. n. 175/2016: linee generali della riforma, effetti della sentenza della Corte Cost. n. 251/2016 ed il nuovo correttivo
- 2) Il diritto "speciale" delle società pubbliche
- 3) La *governance*: adeguamenti statutari, organi amministrativi e di controllo
- 4) Società miste, *in house providing*, affidamenti di appalti e concessioni
- 5) Gestione del personale

\* \* \*

## **1) Premessa**

L'8 settembre 2016, in Gazzetta Ufficiale n. 210, veniva pubblicato il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica".

Il testo del decreto definitivamente licenziato recepiva parte delle osservazioni espresse con propri pareri dalla Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, dal Consiglio di Stato, dalla Commissione bicamerale per la semplificazione, e dalle Commissioni parlamentari competenti per materia, secondo quanto disposto dall'articolo 16, comma 4, della legge n. 124 del 2015, recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche".

Nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo ultimo, (Atto Governo n. 297-bis), il Governo, oltre ad evidenziare le modifiche apportate all'originario schema di decreto in recepimento dei suddetti pareri, esponeva le ragioni per le quali aveva ritenuto di non doversi conformare ad alcune delle osservazioni espresse.

## **2) Principi e finalità del T.U. in attuazione della legge delega, n. 124/2015**

In conformità ai principi ed ai criteri direttivi stabiliti dalla legge delega, n. 124/2015, il provvedimento in esame attua un coordinamento tra le diverse e numerose disposizioni che si sono succedute nel tempo in materia di società a partecipazione pubblica, con l'intento di restituire coerenza e sistematicità all'intero sistema, e avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni,

alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica.

In particolare, il decreto risponde alle esigenze individuate dal Parlamento ai fini del riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, di cui all'art. 18 della citata legge n. 124/2015, attraverso i seguenti principali interventi:

- l'ambito di applicazione della disciplina, con riferimento sia all'ipotesi di costituzione delle società che all'acquisto di partecipazioni in altre società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta (artt. 1, 2, 23 e 26);
- l'individuazione dei tipi di società e le condizioni e i limiti in cui è ammessa la partecipazione pubblica (artt. 3 e 4);
- il rafforzamento degli oneri motivazionali e degli obblighi di dismissione delle partecipazioni non ammesse (artt. 5, 20 e 24);
- la razionalizzazione delle disposizioni in materia di costituzione di società a partecipazione pubblica ed acquisto di partecipazioni (artt. 7 e 8), nonché di organizzazione e gestione delle partecipazioni (artt. 6, 9, 10 e 11);
- l'introduzione di requisiti specifici per i componenti degli organi amministrativi (art. 11);
- la definizione delle responsabilità (art. 12);
- la definizione di specifiche disposizioni in materia di monitoraggio, controllo e controversie delle società partecipate (artt. 13 e 15);
- l'introduzione di disposizioni specifiche in materia di crisi d'impresa, e l'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle disposizioni sul

fallimento, sul concordato preventivo e, ove ricorrano i presupposti, sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (art. 14);

- il riordino delle disciplina degli affidamenti diretti di contratti pubblici per le società in house (art. 16);
- l'introduzione di disposizioni specifiche in materia di società a partecipazione pubblico-privata (art. 17);
- l'introduzione di disposizioni specifiche in materia di quotazione delle società a controllo pubblico in mercati regolamentati (art. 18);
- la razionalizzazione delle disposizioni specifiche in materia di gestione del personale (art. 19 e 25);
- l'assoggettamento delle società partecipate agli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, stabiliti dal D.lgs. n. 33/2013 (art. 22);
- la razionalizzazione delle disposizioni finanziarie vigenti in materia di società partecipate dalle amministrazioni locali (art. 21);
- l'attuazione di una ricognizione periodica delle società partecipate e l'eventuale adozione di piani di razionalizzazione (art. 20);
- la revisione straordinaria delle partecipazioni detenute dalla amministrazioni pubbliche, in sede di entrata in vigore del testo unico (art. 24);
- le disposizioni di coordinamento con la legislazione vigente (art. 27 e 28).

### **3) Oggetto ed ambito di applicazione (Art. 1)**

In primo luogo si evince il principio di fondo del decreto e cioè che le regole, finalità ed i limiti che riguardano le società di nuova costituzione valgono anche con riguardo alle società esistenti.

Può sembrare un'ovvietà ma così non è, in quanto anche in un recente passato gli obiettivi di riduzione delle società pubbliche in un'ottica di spending review si sono arenati a cagione di deroghe, sanatorie, ed eccezioni varie, volte in sostanza a mantenere lo status quo.

Si tratta, dunque, di un principio fondamentale, pienamente rispondente ad uno degli obiettivi della delega e cioè il superamento dei regimi transitori.

Il resto della norma, più che all'oggetto si dedica all'ambito di applicazione o meglio ad individuare le società a cui non si applica il decreto.

Vi è in primo luogo un rinvio a leggi e regolamenti riguardanti società di diritto singolare aventi ad oggetto servizi di interesse generale o di interesse economico generale o partecipazioni in enti associativi diversi da società e fondazioni.

In secondo luogo sono escluse dall'applicazione del decreto (*rectius*: sono soggette al decreto solo ove espressamente previsto) le società quotate e le società che hanno emesso al 31 dicembre 2015 strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati.

Si pone una prima criticità.

Inizialmente il termine del 31 dicembre 2015 era riferito anche alle società quotate e poi è invece rimasto solo per le società che hanno emesso strumenti finanziari, diverse dalle azioni, quotate in mercati regolamentati.

Questa distinzione non ha però senso in quanto l'art. 18 configura come virtuosa ed anzi incentiva la richiesta di ammissione alla quotazione, ricomprendendo in essa anche l'emissione di strumenti finanziari diversi dalle azioni.

Conseguentemente non si comprende perché una società che si quota è poi soggetta al regime di "esclusione" dall'applicazione del decreto ed invece ciò non accade per l'altra tipologia di operazione (anch'essa incentivata).

Occorrerebbe poi precisare che cosa si intende per "mercati regolamentati".

Difatti secondo quelle che sono le definizioni contenute nel sito della Borsa Italiana, in linea generale i Mercati Regolamentati secondo la disciplina comunitaria sono quelli che possiedono i seguenti requisiti:

- 1) regolarità di funzionamento: gli scambi hanno luogo secondo modalità predefinite, sia per quanto riguarda i meccanismi di fissazione del prezzo, sia per quanto riguarda il pagamento e/o il trasferimento del bene oggetto dello scambio;
- 2) approvazione da parte dell'autorità di vigilanza delle regole relative alle condizioni di accesso e alle modalità di funzionamento;
- 3) rispetto degli obblighi di trasparenza.

Tuttavia la Borsa Italiana ha assunto degli elenchi in cui ha ricompreso i mercati regolamentati e dunque si può porre il problema per tutti quegli strumenti finanziari collocati su altri segmenti (si pensi ad esempio al segmento di negoziazione, molto utilizzato, Extra Mot ed Extra Mot Pro) che a rigore non sarebbero ricomprensibili nelle categorie istituzionali dei "mercati regolamentati".

In proposito una linea interpretativa suggerisce di equiparare, ai fini della norma in esame, ai mercati regolamentati, quei segmenti (ad es. nel caso dei segmenti Extra

Mot e Extra Moto Pro) per i quali è prevista una apposita e dettagliata regolamentazione, prevedendo:

- che la Borsa Italiana esercita le proprie funzioni di vigilanza e controllo sulla base delle proprie generali procedure.
- che la Borsa può subordinare l'ammissione alla negoziazione a qualsiasi condizione particolare, relativa allo strumento finanziario, che ritenga opportuna, e può esercitare discrezionalità nell'ammettere alla negoziazione gli strumenti finanziari per cui è stata presentata domanda, potendo rifiutare la domanda anche in considerazione delle caratteristiche dell'operazione e delle relative condizioni di liquidità del mercato, dove lo strumento finanziario è negoziato;
- che la Borsa può disporre la sospensione se la regolarità del mercato dello strumento non è temporaneamente garantita o rischia di non esserlo;
- che la Borsa può esplicitare ampie richieste di chiarimenti e documenti, poteri di convocazione dei rappresentanti degli emittenti, verifiche presso le sedi e poteri istruttori.

Complessivamente, dunque, appare chiaro che gli strumenti finanziari che sono assoggettati a penetranti poteri di controllo della Borsa quali quelli che si sono sopra evidenziati, presentano tutta una serie di caratteristiche che denotano una sostanziale equiparazione con i mercati regolamentati.

Difatti la *ratio* normativa sottesa alla disposizione di cui all'art. 2 del Testo Unico, è quella di ricomprendere nell'ampio *genus* delle "società quotate", una serie di realtà societarie che per determinate caratteristiche dell'attività finanziaria da esse esplicitata sono state ritenute non assoggettabili indiscriminatamente alla globalità

delle norme sulle società partecipate, imponendo la necessità di una apposita ed espressa previsione del legislatore in tal senso.

Ciò che pare accomunare, nella predetta *ratio* normativa, i vari soggetti contemplati dall'art. 2 (sotto l'ampio *genus* delle "società quotate"), è la circostanza che tali realtà societarie siano soggette ad una regolamentazione di mercato ed in specifico alle garanzie di controllo degli enti istituzionali sugli strumenti finanziari (quale è ad esempio la Borsa Italiana).

Ad ogni buon conto sarebbe forse opportuno un intervento chiarificatore sul punto, che allo stato non compare nel correttivo.

Per quanto riguarda, poi, la definizione di società partecipate dalle quotate, la norma del TU, come visto, prevede che rientrano nella categoria di "società quotate" ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. p):

- le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati;
- le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati;
- le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche.

Il correttivo modifica leggermente tale ultima previsione ma solo stilisticamente prevedendo, come era già chiaro, che il controllo e/o la partecipazione delle amministrazioni pubbliche deve riguardare le società partecipate e non quelle quotate.



Nell'ipotesi che la società partecipata dalla quotata non sia anche da essa controllata e vi siano partecipazioni di altre Amministrazioni pubbliche, allora non vi potrà essere il regime derogatorio.

Potrebbe, infine, essere problematico, sotto il profilo dell'eccesso di delega, il rinvio ad un semplice DPCM, su proposta del Ministro dell'Economia e delle Finanze o dell'organo di vertice dell'Amministrazione interessata, per individuare altre tipologie di società da sottrarre all'applicazione del decreto.

Bisognerebbe quantomeno stabilire i criteri direttivi ed i requisiti a cui dovrà attenersi tale DPCM.

#### **4) Finalità perseguibili (Art. 4)**

Attraverso l'individuazione delle finalità perseguibili, si individua il perimetro delle società pubbliche ammissibili, sia nella fase di costituzione che di mantenimento.

Innanzitutto si precisa che le partecipazioni possono essere dirette ed indirette e che le società possono svolgere cinque tipologie di attività diverse.

Il fatto che non si parli di svolgimento di una sola attività tra quelle ammissibili bensì delle varie attività, implica che sono ammesse delle società multiservizi e cioè società che possono svolgere più di una attività tra quelle consentite.

Le attività consentite sono in primo luogo la produzione di un servizio di interesse generale; il servizio di interesse generale è una macro categoria che ricomprende anche i servizi di interesse economico generale.

Poi vi è la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica ai sensi di un accordo di programma tra amministrazioni pubbliche ex art. 193 del D.lgs. n. 50/2016.

Si tratta della cosiddetta società pubblica di progetto finalizzata alla realizzazione di infrastrutture strategiche che è interamente pubblica ed è costituita a valle di un accordo di programma tra tutti i soggetti pubblici interessati, a cui possono partecipare anche le Camere di Commercio e le Fondazioni bancarie.

La terza attività ammessa è la realizzazione e gestione di un'opera ovvero organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato. Si tratta della società mista con il socio privato scelto con gara, disciplinata dall'art. 17 del Decreto.

Le caratteristiche essenziali di tale società mista sono che la partecipazione del socio privato non può essere inferiore al 30% ma può essere anche di maggioranza, posto che è scomparsa la norma che prevedeva che il socio o i soci pubblici dovevano comunque mantenere una posizione di controllo individuale o congiunto sulla società.

Occorre, poi, evidenziare che non bisogna confondere queste società miste con la possibilità, prevista dalla direttiva n. 23/2014, dell'ingresso di soci privati con funzione di soci finanziatori in società *in house*, per i quali né nel Testo Unico sui servizi pubblici (che poi non è stato emesso) né nel nuovo Codice sui contratti pubblici è previsto alcunché.

Nella società mista il socio privato è operativo, mentre nella società *in house* il privato è un socio finanziatore che non ha potere di veto ed è comunque soggetto al controllo analogo.

Nella società mista la gara deve avere il doppio oggetto e il socio privato non deve necessariamente possedere tutti i requisiti.

Il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La quarta attività ammissibile è l'autoproduzione di beni e servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti.

Sono quindi ammesse le società strumentali, si deve trattare di società a totale partecipazione pubblica visto che si parla di autoproduzione (che ha un significato ben preciso nelle direttive comunitarie) e visto che le società miste sono ammesse solo nell'ipotesi prevista dalla lett. c) e comunque viene fatto un rinvio alla futura norma di recepimento delle direttive comunitarie e di riordino della disciplina comunitaria.

Conseguentemente se saranno previste in futuro delle norme che legittimano la partecipazione di privati, questi potranno far parte delle suddette società (per adesso queste norme non sono ancora comparse all'orizzonte).

La quinta ed ultima attività ammissibile sono i servizi di committenza a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

Si tratta in sostanza di società con funzioni di stazione appaltante.

Anche qui bisogna verificare la compatibilità con le norme che disciplinano l'individuazione dei soggetti aggregatori (cfr. art. 9 del D.L. n. 66/2014 conv. nella L. n. 89/2014 ed elenco dei soggetti aggregatori predisposto da ANAC il 23 luglio 2015 in attuazione del DPCM dell'11 novembre 2014) nonché con il nuovo codice degli appalti.

Il Testo Unico non dice quali caratteristiche devono avere tali società e se cioè possano o no avere dei privati dentro la propria compagine.

Quello che si può rilevare è che il nuovo codice degli appalti ha implementato la categoria delle centrali di committenza inserendo non solo le amministrazioni

aggiudicatrici, come previsto nelle Direttive, ma anche gli enti aggiudicatori (tra cui ci sono anche le Imprese Pubbliche).

Da quanto sopra esposto si evince, pertanto, che in linea teorica non sono ammesse società pubbliche che operino nel mercato, con una importante eccezione inserita al comma 3 dell'art. 4 e cioè allorquando sia necessario per procedere ad ottimizzare e valorizzare beni immobili già esistenti nel patrimonio.

In questa ipotesi si prescinde da una partecipazione di controllo, in quanto la norma consente comunque l'acquisizione di partecipazioni in società esistenti (quindi ci possono essere anche privati).

L'ultimo comma dell'art. 4 conferma l'assunto che le società pubbliche possono avere come oggetto più attività tra quelle elencate alle lettere a), b), d) ed e) , con l'ulteriore previsione per le società *in house* (cfr. art. 16) che esse devono svolgere almeno l'80% del loro fatturato a favore dell'ente o degli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore può essere consentita solo a condizione che permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

In caso di cessazione degli affidamenti diretti, le società continuano ad esistere, ma non sono più soggette al controllo analogo (che si giustifica appunto solo per l'esistenza di un affidamento diretto).

Tali società possono quindi partecipare a delle future gare.

Il correttivo ha previsto l'ammissibilità di società per la produzione di energia da fonti rinnovabili nonché, per le università, di costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche. È altresì previsto che il Presidente della

Regione possa escludere dall'applicazione delle norme in essere società a partecipazione regionale.

### **5) Costituzione delle società (Artt. 5 e 7)**

La costituzione delle società esige un atto deliberativo analiticamente motivato sulla sussistenza delle finalità ammissibili, sugli obiettivi gestionali, sulla convenienza economica rispetto alla gestione diretta o all'esternalizzazione e sulla sostenibilità finanziaria. Il correttivo ha ora previsto che la motivazione non deve analizzare anche la possibilità di destinazione alternativa delle risorse impegnate.

Lo schema di delibera deve essere trasmesso alla Corte dei Conti ai fini meramente conoscitivi ed all'AGCM, che può utilizzare i poteri di cui all'art. 21 bis della L. n. 241/1990 (proposizione ricorso).

È altresì prevista una consultazione pubblica obbligatoria, ma non sono disciplinate le modalità con cui deve avvenire, il che rende la norma incerta e generica. Il correttivo ha statuito che dovranno essere gli enti locali a disciplinarle.

### **6) La Governance e responsabilità (Artt. 11 e 12)**

L'organo amministrativo delle società a controllo pubblico è costituito di norma da un amministratore unico.

Con ulteriore decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottarsi entro il termine di sei mesi dall'entrata in vigore del Decreto Legislativo, su proposta del Ministro dell'Economia e delle Finanze e del Ministro delegato per la semplificazione e la P.A., (ora da sottoporre anche alla Conferenza unificata, sulla base del correttivo) sono definiti i criteri in base ai quali, per ragioni di

adeguatezza organizzativa, l'assemblea delle società a controllo pubblico può disporre che la società sia amministrata da un CdA composto da 3 a 5 membri.

Ora il correttivo prevede che l'Assemblea possa anche adottare uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI-bis del titolo V del libro V del Codice civile.

Nell'obiettivo di equiparare le società pubbliche alle aziende private, è previsto che esse siano soggette alle disposizioni sul fallimento ed il concordato preventivo nonché all'Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.

E' altresì previsto presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze una struttura destinata al controllo ed al monitoraggio sullo stato di attuazione del decreto.

E' evidente l'eccesso di controllo sulle società che potrebbe determinare uno spreco di risorse, uno spreco di tempo e soprattutto un certo immobilismo nell'assunzione di talune decisioni strategiche.

L'art. 11, comma 8, prevede poi che gli amministratori delle società in controllo pubblico non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti e vigilanti.

Il correttivo ha poi precisato che fino all'adozione delle nuove disposizioni in materia di personale di cui al decreto disciplinato dall'art. 25, continuano ad applicarsi le norme vigenti.

### **7) Alcune criticità riguardanti le società miste.**

Vi sono varie criticità che riguardano le società miste consistenti, in estrema sintesi, nel fatto che esse risultano costituite a seguito di una gara fondata su un determinato Statuto, su un determinato capitolato e su certe condizioni e adesso si

trovano soggette a norme non previste né prevedibili al momento della gara stessa, quali ad esempio l'obbligo di modificare lo Statuto entro il 31 dicembre 2016 (adesso il termine è prorogato), il divieto di assumere il personale a tempo indeterminato fino al 31 dicembre 2018 se non attingendo all'elenco del personale eccedente (nuovi esodati) e comunque a tutte le regole della società a controllo pubblico, al pari delle società destinatarie di affidamenti diretti.

Bisognerebbe quantomeno stabilire che tali regole valgono solo per le società di nuova costituzione post entrata in vigore del decreto e comunque riflettere sul fatto che non ci può non essere un trattamento diverso per chi ha partecipato ad una gara (e ciò vale non solo per le società miste ma anche per le società in house) e chi non ha partecipato ad una gara ed è destinatario di un affidamento diretto.

D'altra parte qual è la ratio per cui, ad esempio, una quotata non è soggetta al decreto? E' che la quotazione è stata assimilata ad una procedura trasparente e ad evidenza pubblica.

Conseguentemente quanto vale per la quotata, deve valere anche per le società che hanno partecipato ad una gara.

Facciamo un esempio concreto per dimostrare alcune paradossali conseguenze.

Se una società quotata partecipa ad una gara per costituire una società mista, quest'ultima sarà comunque soggetta al decreto mentre non lo sarà la società quotata "socia" della società mista (ovviamente se la società mista sarà controllata dalla quotata, allora anch'essa non sarà soggetta al decreto).

In sostanza si può dire che il Testo Unico ha determinato una sorta di livellamento ed equiparazione tra società con finalità diverse, in contrasto con la Legge di

Delega (cfr. art. 18 L. n. 124/2015) che prevede una necessaria differenziazione a tal riguardo.

### **8) La disciplina delle società *in house*.**

Il primo riferimento alle società *in house* si rinviene nell'art. 4 del D.lgs. n. 175/2016 dove si prevede che le società *in house*, pur sottostando all'obbligo di avere un "oggetto sociale esclusivo", possono conformemente al dettato comunitario ed a quanto contenuto negli artt. 4 e 192 del D.lgs. n. 50/2016, svolgere anche attività a favore di terzi (nei limiti quantitativi delle disposizioni richiamate).

L'art. 16 è dedicato espressamente alle società *in house* che possono ricevere affidamenti diretti di contratti pubblici solo se le amministrazioni proprietarie esercitano sulle stesse un controllo analogo od un controllo analogo congiunto se le amministrazioni proprietarie siano più di una.

E' previsto che gli statuti possano prevedere che i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali, di durata superiore ai 5 anni in deroga all'art. 2341 bis, 1° comma cod. civ.

Gli statuti devono, invece, prevedere che l'80% del fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad essi affidati dagli enti soci e che la produzione ulteriore e suddetto limite a favore di terzi sia consentito solo se permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Occorre rilevare che tale limitazione non compare nella direttiva comunitaria né nel nuovo codice dei contratti.



La violazione di tale previsione costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 cod. civ. e può essere sanata se entro tre mesi i contratti affidati direttamente siano dismessi e siano attivate procedure ad evidenza pubblica.

In caso di rinuncia agli affidamenti diretti, la società può continuare la propria attività se ed in quanto sussistano i requisiti di cui all'articolo 4. A seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie ed i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo.

### **9) Disposizioni in materia di personale**

La norma che ha determinato le maggiori problematiche in materia di personale è quella contenuta nell'art. 25, 4° comma secondo cui fino al 30 giugno 2018 le società non possono procedere ad assunzioni a tempo indeterminato se non attingendo all'elenco dei lavoratori dichiarati eccedenti.

Nel correttivo è previsto che tale divieto decorrerà solo dopo la pubblicazione del decreto del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali che fisserà le modalità operative per la tenuta degli elenchi del personale in eccedenza a seguito delle operazioni di razionalizzazione.

### **10) La sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2016, il decreto correttivo ed il parere del Consiglio di Stato 8 marzo 2017.**

Con nota del 24 febbraio 2017, prot. n. 323, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha chiesto il parere sullo schema di decreto legislativo concernente *“Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”*.

Nella relazione si specifica che con riferimento al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), la delega contenuta nell'articolo 16, comma 7, della legge 7 agosto 2015, n. 124 prevede che, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui ai commi 1, 2 e 3 dello stesso articolo, il Governo possa adottare, nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura stabiliti dal medesimo articolo, uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive.

L'intervento integrativo e correttivo sul predetto decreto legislativo per la Presidenza del Consiglio discende anche dalla necessità di dare attuazione alla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, tra gli altri, dell'articolo 18 nella parte in cui, in combinato disposto con l'articolo 16, commi 1 e 4, prevedeva che i decreti attuativi fossero adottati previa acquisizione del parere reso in Conferenza unificata, anziché previa intesa.

E' noto, infatti che la citata sentenza n. 251 del 2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 124 del 2015, non ritenendo soddisfatto, su alcune specifiche materie di competenza anche regionale, il rispetto del principio di leale collaborazione.

In particolare, nella sentenza si è affermato che tale principio deve essere assicurato anche nell'ambito del procedimento legislativo con un coinvolgimento delle autonomie regionali attraverso lo strumento dell'intesa e non del semplice parere. La Corte Costituzionale ha altresì precisato che l'illegittimità costituzionale resta circoscritta alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estende alle relative disposizioni attuative. Nel caso di

impugnazione di tali disposizioni, si sottolinea nella sentenza, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione.

E' stato poi predisposto ed approvato dal Governo in via preliminare lo schema di decreto correttivo (17 febbraio 2017) e nella seduta della Conferenza unificata del 16 marzo 2017 è stata raggiunta l'intesa in Conferenza unificata di cui si riporta una sintesi.

E' stato specificatamente previsto:

- ✓ la possibilità ***per le società partecipate dai Comuni (sono escluse le società in house) che non hanno bilanci in perdita e che producono servizi di interesse economico generale di partecipare alle gare anche fuori dall'ambito territoriale di riferimento, superando un divieto rinvenibile in un'interpretazione restrittiva dell'articolo 4 comma 1 e articolo 2 comma 1 lettera h).***
- ✓ è stato fissato al ***30 settembre 2017*** il termine ultimo per l'approvazione dei piani di razionalizzazione straordinaria (non più 23 marzo 2017);
- ✓ è stata notevolmente semplificata la procedura relativa alla costituzione e acquisizione di partecipazioni societarie. In particolare si è prevista ***l'abrogazione dell'obbligo di motivare la costituzione di una società a partecipazione pubblica con riguardo alla possibilità di destinazione alternativa*** delle risorse pubbliche impegnate. Inoltre, per quanto riguarda ***l'indizione obbligatoria di una preventiva consultazione pubblica per l'acquisizione di partecipazioni societarie, è stata rinviata agli enti locali la***

- facoltà di stabilirne le relative modalità* (schema di decreto correttivo approvato dal Governo in via preliminare lo scorso 17 febbraio);
- ✓ *è stata ridotta la soglia minima di fatturato medio triennale da considerare al fine del piano straordinario di razionalizzazione: per il triennio 2017-2019 la soglia da raggiungere è di 500.000 euro e non più di 1.000.000.* La modifica è particolarmente importante per i piccoli Comuni che avrebbero dovuto dismettere la partecipazione in società che, pur non rientrando nel limite di fatturato medio del triennio, erogavano servizi di interesse generale;
  - ✓ *è stata introdotta la competenza dell'Assemblea dei Soci e non più del MEF a decidere sul numero dei componenti dei Consigli di Amministrazione,* fermo restando il tetto di spesa (schema di decreto correttivo approvato dal Governo in via preliminare lo scorso 17 febbraio );
  - ✓ *il divieto – fino al 30 giugno 2018 – di assunzioni a tempo indeterminato per le società controllate dagli enti locali decorrerà soltanto dopo la pubblicazione del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali* che fisserà le modalità operative per la tenuta degli elenchi del personale in eccedenza a seguito delle operazioni di razionalizzazione (schema di decreto correttivo approvato dal Governo in via preliminare lo scorso 17 febbraio);
  - ✓ *è stato fissato al 31 luglio 2017 il termine per gli adeguamenti statutari delle società controllate e in house alle disposizioni in oggetto* (schema di decreto correttivo approvato dal Governo in via preliminare lo scorso 17 febbraio).

E' stato poi nel frattempo emesso il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto correttivo (parere 8 marzo 2017).

Si tratta di un parere favorevole con osservazioni ed è il primo parere che viene reso su un decreto correttivo della legge Madia.

Nel merito del provvedimento, il Consiglio di Stato afferma che il decreto correttivo non dovrebbe limitarsi ad attuare la sentenza della Corte costituzionale, n. 251/2016 ma anche introdurre tutte le modifiche necessarie per risolvere incertezze e per far funzionare, nella pratica, le norme originarie. Pertanto, il parere fornisce indicazioni non soltanto sulle norme del correttivo, ma anche sulle norme del testo unico che non vengono modificate dallo schema e che, invece, richiederebbero un intervento alla luce delle incertezze emerse nella prassi, o delle disfunzioni già segnalate dal parere sullo schema originario (n. 968 del 2016) e ancora attuali.

Tra i vari rilievi, si segnalano in particolare:

- la perdurante criticità, evidenziata già con il primo parere sullo schema di testo unico, di attribuire al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di escludere singole società dall'applicazione della riforma, con semplice provvedimento amministrativo, con possibile violazione del principio di legalità e dubbio fondamento nella legge di delega;
- la ancor più grave criticità di estendere, con il correttivo, tale potere derogatorio anche ai Presidenti delle Regioni, perché ciò consentirebbe a un'autorità regionale di derogare, con suo provvedimento, a una disciplina statale generale propria dell'ordinamento civile;
- l'incertezza sul riparto tra giudice civile e giudice contabile sulla responsabilità degli amministratori delle società partecipate, su cui il

Consiglio di Stato propone di distinguere con maggiore chiarezza per evitare possibili sovrapposizioni;

- l'esigenza di rendere effettivo il principio di "fallibilità" delle società pubbliche, raccordandone la disciplina con la norma del t.u. che impone alle amministrazioni locali partecipanti di accantonare nel bilancio un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato delle società *in house*, misura che "negherebbe in radice la possibilità per le società *in house* di fallire" e che potrebbe risolversi anche in un indebito aiuto di Stato;
- la necessità di pervenire ad una riunificazione della disciplina in tema di enti *in house* (oggi collocata, con qualche difformità, sia nel t.u. sulle società partecipate sia nel codice dei contratti pubblici) e di chiarirne alcuni aspetti, tra cui la modalità di scelta del socio privato;
- l'opportunità di specificare l'applicabilità del codice dei contratti pubblici anche agli acquisti di beni e servizi da parte della società pubbliche;
- l'importanza "cruciale" del ruolo del Ministero (e, in prospettiva, delle Regioni) contro le elusioni dalla riforma, su cui andrebbero irrobustiti i poteri di intervento, e della fase transitoria di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche attuali entro il 30 giugno 2017: il Consiglio di Stato sottolinea "la grande rilevanza di queste disposizioni per l'effettivo successo dell'intera riforma", per le quali "andrebbe ulteriormente rafforzata, con particolare riferimento all'operazione in questione, la funzione di controllo e monitoraggio".