



“le peculiarità dell’attività dei Revisori/Collegio Sindacale delle società a partecipazione pubblica e il controllo sulla loro gestione operato da parte dei Revisori degli Enti Locali soci”

Aprile 2018

Dott. Edoardo Rivola

[Dott. Edoardo Rivola](#)

1

L'attività di controllo degli enti locali sulle società partecipate

Al di là del controllo analogo, figura legata all’istituto dell’*in house providing*, che segue una propria struttura, e delle attività volte a garantire la conformità alla normativa del TUSPP sulla detenzione di partecipazioni, di vi sono tre linee di controllo fondamentali:

- 1. Controllo in qualità di socio**, teso ad orientare l’attività sociale verso le proprie esigenze pubbliche e a controllare l’aderenza agli indirizzi impartiti e alle decisioni assunte in assemblea
- 2. Controllo in qualità di amministrazione pubblica**

A) Gli strumenti di controllo interno dell’ente locale.

All’esercizio dei diritti legati alla qualità di socio si connettono gli adempimenti relativi alla natura pubblica dell’investimento patrimoniale, e del servizio richiesto alla società, per assicurare la *compliance* alle regole di finanza pubblica. Questi aspetti hanno trovato un punto di verifica congiunta nell’art. 147 quater del d.lgs. n. 267/2000 (TUEL), introdotto nel 2012 insieme ad una serie di controlli interni in capo agli enti locali, volti a verificare la legittimità, regolarità e correttezza dell’azione amministrativa. La specifica regolamentazione dedicata alle partecipazioni societarie mira a favorire l’accorta gestione del portafoglio azionario e l’andamento economico finanziario delle società.

B) Agli enti locali viene richiesta la definizione di obiettivi gestionali (art. 19 TUSPP), cui le società devono tendere, e l’organizzazione di un sistema informativo finalizzato a rilevare i rapporti finanziari tra l’Ente socio e la società, la situazione contabile, gestionale e organizzativa della stessa, i contratti di servizio, la qualità dei servizi, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica.

I due aspetti del controllo, societario e contrattuale, trovano poi una sintesi nel Documento Unico di Programmazione (DUP), strumento di programmazione di carattere generale, che costituisce la guida strategica ed operativa dell’ente locale. Esso dovrebbe costituire il culmine di una sinergia informativa e di coordinamento radicata tra i vari servizi, o livelli di servizi, dell’ente, che perde, invece, forza contrattuale ogniqualvolta permette che i dati vengano frazionati e non condivisi, offrendo alla società partecipata una posizione equivoca.

3. Controllo in qualità di contraente

L’amministrazione deve garantire adeguati strumenti di verifica della corretta esecuzione del contratto lungo tutto l’arco di vigenza dell’accordo.

L'attività di vigilanza dei revisori degli enti locali e del Collegio Sindacale sugli organismi societari

Dott. Edoardo Rivola

3

L'attività di vigilanza dei revisori degli enti locali sugli organismi esterni

L'evoluzione intervenuta è destinata a incidere sui controlli da eseguire di cui si occupa, in particolare, il documento n. 14 (intitolato «L'organo di revisione: controlli sugli organismi partecipati») dei «Principi di vigilanza e controllo dell'organo di revisione degli enti locali» elaborati dal Consiglio nazionale dei dottori Commercialisti e degli Esperti contabili. Alcune attività e alcuni controlli riguardano, in particolare:

1) Sulle partecipazioni

- La costituzione o il mantenimento delle stesse partecipate e la loro razionalizzazione, alla luce della disciplina tendenzialmente sempre più restrittiva dettata dal Legislatore con il TUSPP. In proposito, è indispensabile verificare, più specificamente, la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, che si traducono nel riscontro della stretta necessità rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali degli enti e, formalmente, per l'ipotesi della costituzione, nella predisposizione del parere richiesto dall'articolo 239 del Tuel sulla delibera consiliare di carattere autorizzativo.

Dott. Edoardo Rivola

4

L'attività di vigilanza dei revisori degli enti locali sugli organismi esterni

2) Rilevanza del tipo di governance

Ancora, rispetto all'ente locale, rilevano – con riferimento all'attività revisionale – le modalità di governance delle partecipate, sulla base dell'assetto normativo in essere. Secondo i principi di vigilanza e controllo, invero, «l'Organo di revisione si deve esprimere sul modello organizzativo e sul sistema di controllo interno che l'Ente ha adottato per la gestione e le verifiche dei propri organismi partecipati», al fine di «monitorare la coerenza, l'efficienza, l'efficacia e l'economicità gestionale degli organismi partecipati».

Questo significa verificare l'applicazione dell'articolo 147 quater del Tuel, il quale ha imposto la progettazione e implementazione di un vero e proprio sistema di governance e per le gestioni in house, l'applicazione formale e sostanziale del controllo analogo.

3) il "mirino" deve essere puntato sugli affidamenti effettuati ai soggetti strumentali, da verificare osservando molteplici (e diversificati) punti di vista:

- la loro legittimità alla luce della normativa e della giurisprudenza (anche comunitaria);
- il rispetto degli adempimenti formali e sostanziali (art. 192 D.lgs. N. 50/16 per l'in house)

[Dott. Edoardo Rivola](#)

5

L'attività di vigilanza dei revisori degli enti locali sugli organismi esterni

4) I controlli economico finanziari

L'organo di revisione degli enti locali svolge una specifica funzione di vigilanza sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione diretta e indiretta dell'ente, sui cui equilibri di bilancio possono riflettersi anche gli andamenti economico-finanziari degli organismi gestionali esterni che costituiscono il gruppo amministrazione pubblica.

Ne consegue che nell'ottica del principio di sana gestione finanziaria, l'attività di vigilanza sugli organismi esterni deve essere condotta attraverso la verifica:

- della corretta contabilizzazione degli eventuali rischi delle gestioni esterne;
- dei debiti e crediti reciproci;
- Delle passività potenziali, del mantenimento degli equilibri evitando l'elusione dei saldi di finanza pubblica. Inoltre, occorre controllare che la programmazione (indirizzi) sia in linea con il Dup (principio di coerenza) e con il principio di riduzione della spesa, così come l'attuazione degli indirizzi durante la gestione e a fine esercizio attraverso il consuntivo, il rendiconto consolidato e il bilancio consolidato. Conseguentemente, l'organo di revisione deve vigilare sulla corretta formazione dei bilanci degli organismi esterni riscontrandone anche la completezza.
- Pertanto, verificherà il ricorso agli istituti di cui all'articolo 6 del Dlgs 175/2016, tra cui i programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, o le ragioni della loro assenza all'interno della relazione sul governo societario da parte delle società partecipate.

[Dott. Edoardo Rivola](#)

6

L'attività di vigilanza dei revisori degli enti locali sugli organismi esterni

Segue.....I controlli economico finanziari

- ❑ I revisori degli enti controllanti devono sempre verificare che nel bilancio di previsione dell'ente locale sia stato costituito il fondo per le eventuali perdite registrate dalle partecipate (articolo 21 del Dlgs 175/2016),
- ❑ Laddove l'ente locale decidesse di ricapitalizzare o di ricostituire il capitale sociale della società partecipata oppure di finanziarla, il revisore deve verificare che non si contravvenga al «divieto di soccorso finanziario» sintetizzato nell'art. 14 comma 5 del TUSPP oltre alla conformità alla disciplina sulla crisi di impresa di cui al comma 4.
- ❑ la verifica della regolarità e congruità dei contratti di servizio: A quest'ultimo proposito, infatti, il Principio di Vigilanza e controllo n. 14 evidenzia che «il controllo dell'Organo di revisione dell'ente locale sui contratti di servizio, sia nella fase genetica che nella sua attuazione, rientra senza dubbio nella funzione ad essi attribuita dal Tuel di collaborazione con l'organo consiliare e di vigilanza sulla attività contrattuale» e che l'attività deve «essere continua e non riguardare solamente l'esame formale ed occasionale dei documenti».

Considerando che in caso di omissioni, mancata vigilanza e segnalazione, con dolo o colpa grave, i revisori degli EELL possono essere chiamati a rispondere solidalmente del danno arrecato, è importante che osservino i principi di revisione aziendale laddove applicabili (campionamento) e i principi di vigilanza e controllo dell'organo di revisione degli enti locali del Cndcec ancora troppo disattesi nella prassi.

Dott. Edoardo Rivola

7

L'attività di vigilanza del Collegio Sindacale degli organismi societari

Gli ulteriori controlli sulla legalità ex. art. 2403 c.c. (specifici rispetto a quelli tipici).

- ❑ Rientrano nell'attività degli organi di controllo la verifica di una serie di adempimenti e vincoli gestionali che risultano estremamente diversificati ed eterogenei e che si sono progressivamente arricchiti nel tempo a seguito di un'evoluzione normativa decisamente rilevante sul punto.
Un primo insieme di vincoli concerne la composizione e remunerazione degli organi amministrativi.
- ❑ In secondo luogo, meritano di essere evidenziate tutte le disposizioni che attengono al personale, sia dal punto di vista procedurale. In termini procedurali, in particolare, rilevano le norme che presuppongono, per le assunzioni l'utilizzo di procedure selettive.
- ❑ In termini più sostanziali, poi, vi sono i vincoli relativi al contenimento dei costi di funzionamento. Tali vincoli devono essere declinati mediante appositi atti di indirizzo da parte degli enti controllanti, chiamati a definire il quadro di riferimento per ciascun soggetto controllato ai sensi dell'art. 19 comma 5 il quale deve essere a sua volta recepito ai sensi del comma 6 .
Rilevano, poi, gli adempimenti richiesti dalla disciplina recata dalla legge 190/2012 e dalle disposizioni attuative successivamente emanate in materia di «anticorruzione», «trasparenza» e «inconferibilità ed incompatibilità»: **attestazione sull'assolvimento degli obblighi di pubblicazione al 31 marzo 2018**

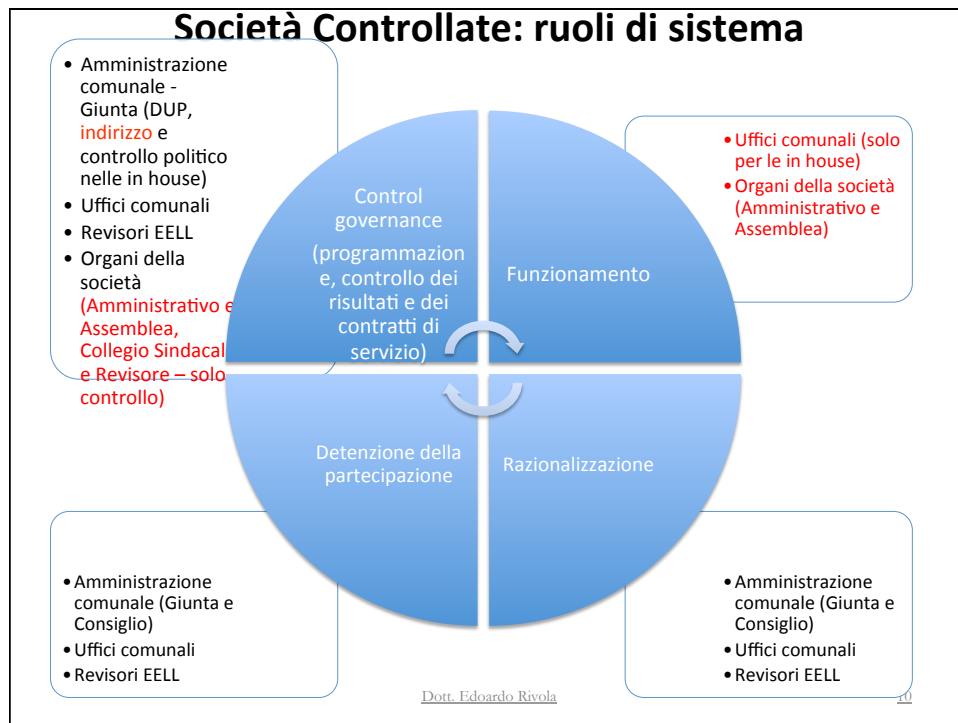
Dott. Edoardo Rivola

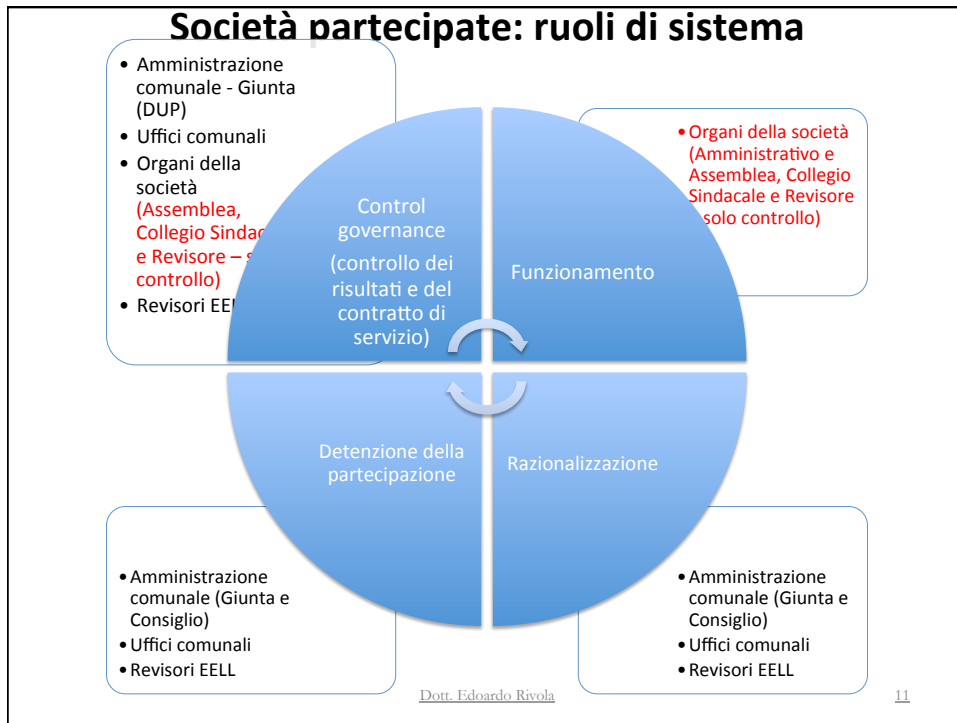
8

La questione dirimente: il “controllo” nelle sue variegate forme applicative

Dott. Edoardo Rivola

2





Definizioni fondamentali (D.lgs. Società partecipate)

La dirimente qualificazione del “controllo” (ART. 2)

"controllo": la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile.

2359 c.c. – Società controllate:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;**
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;**
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.**

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Dott. Edoardo Rivola

12

Definizioni fondamentali (D.lgs. Società partecipate)

La dirimente qualificazione del “controllo” (ART. 2) – **IL CONTROLLO CONTRATTUALE**,
DELIBERA ANAC. N. 1134/17 LINEE GUIDA SOCIETA' PARTECIPATE

- ❑ Si tratta, nella sostanza, di un'ipotesi di controllo che non ha origine e non si realizza nell'assemblea, ma semmai in un condizionamento oggettivo ed esterno dell'attività sociale, sussistente indipendentemente dalla presenza di una partecipazione al capitale e al gruppo di soci. E infatti, mentre la controllante interna è in grado di incidere direttamente sulla volontà della controllata, esercitando i diritti che le derivano dalla veste di socio, la controllante contrattuale opera un condizionamento esterno, incidendo sull'attività della società.
- ❑ Si ritiene integrata una posizione di controllo contrattuale esclusivamente là dove i vincoli negoziali siano di forza tale da generare un'influenza dominante equivalente a quella conferita dal possesso della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.

Dott. Edoardo Rivola

13

Definizioni fondamentali (D.lgs. Società partecipate)

La dirimente qualificazione del “controllo” (ART. 2) – **IL CONTROLLO CONTRATTUALE**,
DELIBERA ANAC. N. 1134/17 LINEE GUIDA SOCIETA' PARTECIPATE

- ❑ Ne consegue che non ogni vincolo contrattuale da cui derivi un'influenza dominante rientra nella fattispecie del controllo esterno, risultando necessario, ai fini della sua rilevanza ex art. 2359, co.1, n. 3, c.c., valutare quali siano in concreto gli effetti da esso prodotti, il suo contenuto e il contesto in cui si manifesta.
- ❑ La giurisprudenza ha, infatti, precisato che condizione affinché una società di capitali possa considerarsi controllata ai sensi dell'art. 2359, co. 1, n. 3) c.c., è il fatto che tra le due realtà intercorrano rapporti contrattuali, la cui costituzione e il cui perdurare rappresentano la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità d'impresa della società controllata.
- ❑ Pertanto, tale controllo non sussiste laddove la società che si assume controllata possa sciogliersi dai vincoli contrattuali che la legano alla controllante e instaurare identici rapporti contrattuali con altre società.
- ❑ **Alla luce di ciò, i particolari vincoli contrattuali, idonei a configurare l'influenza dominante esterna, devono rappresentare non già la mera occasione, bensì una vera e propria condizione di esistenza e di sopravvivenza, a loro volta, non della società in sé, bensì della sua capacità di impresa.**

Dott. Edoardo Rivola

14

Definizioni fondamentali (D.lgs. Società partecipate)

La dirimente qualificazione del “controllo” (ART. 2)

- ❑ **Let. b. “controllo congiunto”**: 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;
- ❑ **Let. c. “controllo analogo”**: la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante (HOLDING);
- ❑ **Let. d. “controllo analogo congiunto”**: la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (RINVIO AI CRITERI EX ART. 5 COMMA 5 D.LGS. N. 50/16);
- ❑ **Let. m)** si lega al disposto della lett. b), stabilendo che sono “società a controllo pubblico” le “società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)”.

[Dott. Edoardo Rivola](#)

15

Definizioni fondamentali

Il “controllo congiunto”:

- ❑ La scelta operata del Legislatore, quella di estendere la portata del controllo a sue forme condivise tra più amministrazioni pubbliche socie, si ricollega all'evoluzione del concetto stesso di controllo dopo la riforma societaria, e in particolare alla tesi sostenuta in dottrina della riconducibilità anche del c.d. “*controllo congiunto*” all'ambito soggettivo dell'art. 2359 c.c..
- ❑ Il superamento dell'orientamento secondo cui il controllo deve essere necessariamente riconosciuto in capo ad un unico soggetto è avvenuto, di fatto, a seguito dell'introduzione dell'art. 2341-bis comma 1 C.c., che espressamente ammette nelle società “chiuse” la possibilità di perfezionare patti parasociali i quali, “*al fine di stabilizzare il governo delle società*”, “*hanno per oggetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante*”.

[Dott. Edoardo Rivola](#)

16

Definizioni fondamentali

Il “controllo congiunto”:

- ❑ La rilevanza codicistica del controllo congiunto e, quindi, la possibilità che l'art. 2359 non prenda in considerazione unicamente il controllo solitario, viene riconosciuta in dottrina e in giurisprudenza purché sia possibile individuarne in modo definito e puntuale il suo dispiegarsi:

si richiede, quindi, che vi sia un patto parasociale, oppure clausole statutarie, tali da conferire con chiarezza a più soggetti di “dettare la linea” alla società. Non basta quindi un atteggiamento o dei “comportamenti concludenti” che porterebbero ad affermare che ogni società è “controllata” da qualcuno seppur in mancanza di un socio di maggioranza, per il solo fatto che in assemblea è assai probabile, e anzi necessario, che si addivenga a un accordo tra soci.

Definizioni fondamentali

Il “controllo congiunto”: le questioni interpretative

- ❑ Alla luce di quanto sopra parrebbe non esserci dubbi sulle condizioni che devono verificarsi, per poter ritenere operante il “controllo congiunto” nell'ambito del “Gruppo pubblico” ai sensi del TUSPP. Tuttavia, i problemi più rilevanti si pongono proprio in relazione alla **verifica dei presupposti** tali condizioni. Occorre pertanto accertare se sia, o meno, sufficiente la mera “titolarità pubblica” della maggioranza delle quote per qualificare la società come a controllo pubblico, e questo sia in una società interamente pubblica sia in una c.d. “mista”, ovvero sia partecipata anche da privati.
- ❑ Dal punto di vista interpretativo si sono formati orientamenti anche molto rigidi, palesemente tesi a fornire indicazioni per un'applicazione estensiva del “controllo congiunto”, e probabilmente dettati dall'esigenza di impedire i tentativi di molte P.A. di far uscire dal proprio perimetro le società partecipate nell'intento di favorirne la riconducibilità al modello di gestione privatistico, essenzialmente non assoggettato, come detto, a limitazioni e vincoli organizzativi di derivazione pubblicistica.

Definizioni fondamentali

Il “controllo congiunto”: le questioni interpretative

A tale riguardo, la struttura di monitoraggio e controllo delle partecipazioni pubbliche, costituita presso il MEF *ex-art. 15 del TUSPP*, ha fornito proprio nella direzione evidenziata il suo orientamento sulla «*La nozione di “società a controllo pubblico” di cui all’articolo 2, comma 1, lett. m), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (di seguito “TUSP”)*». In particolare Il MEF osserva, con riferimento all’art. 2, c. 1 del TUSPP, che:

- ❑ La lett. *b)* definisce il “controllo” come la situazione descritta nell’articolo 2359 del codice civile, aggiungendo che 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 sia richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo;
- ❑ La lett. *m)* stabilisce che sono “società a controllo pubblico” le “società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera *b)*).

Da tale combinato di norme, di fatto, il MEF fa discendere un’ulteriore ipotesi di controllo congiunto rispetto a quella espressamente prevista dalla lettera *b)* citata, che troverebbe attuazione quando le P.A. “*esercitano tale controllo congiuntamente e mediante comportamenti concludenti, pure a prescindere dall’esistenza di un coordinamento formalizzato*”.

[Dott. Edoardo Rivola](#)

19

Definizioni fondamentali

Il “controllo congiunto”: le questioni interpretative

- ❑ Secondo il citato orientamento del MEF il controllo opererebbe a intermittenza, a seconda delle circostanze e dei momenti di osservazione, solo allorché le P.A. socie siano in grado di addivenire ad un’intesa unanime sulle scelte strategiche riferite alle proprie partecipate. Di tal guisa, per l’Organo Amministrativo di queste ultime significherebbe operare dovendo allinearsi, a seconda delle circostanze, a un quadro normativo speciale complesso e variabile.
- ❑ Vista l’evidente gravosità di adeguare l’organizzazione interna ai vincoli normativi cui sono assoggettate le società controllate, e l’incertezza del diritto con cui si troverebbero ad operare i propri Amministratori, la soluzione interpretativa fornita dal MEF appare, almeno nella pratica, di non facile applicazione.
- ❑ Non si può tuttavia non riconoscere che la posizione del MEF appare in linea con l’orientamento del Consiglio di Stato, che su questo tema si è espresso con il parere 594/2014. Tale parere si spinge a ipotizzare un controllo societario congiunto realizzato tramite “comportamenti paralleli”, esprimendo una tesi eccentrica rispetto a quella, allora e oggi, dominante, che vede il controllo congiunto come un’eccezione che deve essere ben circoscritta e delimitata, anche perché porterebbe al paradosso che ogni società in cui gli azionisti pubblici vadano d’accordo sia (quando ciò avviene e quindi previa valutazione di volta in volta) sotto il controllo congiunto di tutti i soci.

[Dott. Edoardo Rivola](#)

20

Definizioni fondamentali

Il “controllo congiunto”: Corte dei Conti, Sezione Regionale della Liguria, con Parere n. 3/18 rilasciato in sede consultiva.

La Corte adita assume una posizione ancor più eccentrica rispetto all'applicazione della norma, fornendo una lettura della nozione di controllo congiunto basata sul combinato disposto dalle lettere *b)* e *m)* dell'art. 2 comma 1 del TUSPP.

Più precisamente, la Sezione ligure sostiene che la citata lettera *m)*, disponendo che sono considerate “*società a controllo pubblico*” quelle in cui “*una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della precedente lettera b)*”, **intende far rientrare nel perimetro del controllo anche le società nelle quali le maggioranze di cui all'art. 2359 co. 1 lett. 1), 2) e 3) c.c. sono raggiunte sommando le partecipazioni delle singole P.A. socie:**

Per la Corte dei Conti della Liguria, mentre l'art. 2359 cod. civ. considera infatti “*società controllate*” quelle in cui “*un'altra*” società dispone dei voti o dei poteri (anche aventi fonte contrattuale) indicati ai numeri 1), 2) e 3) della predetta disposizione, in virtù del combinato disposto delle lettere *b)* e *m)* dell'art. 2 del TUSPP sono qualificate come “*società a controllo pubblico*” quelle in cui “*una o più*” amministrazioni dispongono dei voti o dei poteri indicati nel codice civile, indipendentemente dal verificarsi delle condizioni controllo congiunto. In pratica, la Corte citata afferma l'esistenza di una fattispecie ulteriore e autonoma di controllo “*plurimo*”, che presuppone la presenza di un socio “*pubblica amministrazione*” astratto, formato da una somma di soci pubblici indipendentemente quindi dall'esistenza tra di essi di accordi.

[Dott. Edoardo Rivola](#)

21

Il “controllo congiunto”: Corte dei Conti, Sezione Regionale della Liguria, con Parere n. 3/18 rilasciato in sede consultiva.

- Si tratterebbe in definitiva di un sistema di controllo non certo idoneo ad esprimere un “centro di comando”.
- Peraltro, se nessuna P.A., autonomamente, è in grado di esercitare poteri di controllo *ex-art. 2359 cod. civ.*, e se nel contempo non vi sono i presupposti del controllo congiunto quale espressione di un gruppo di governo che assume le decisioni strategiche ad unanimità, risulterebbe piuttosto arduo stabilire, ad esempio, chi, tra i soci pubblici, in mancanza di accordi (contrattualizzati o di fatto) dovrebbe attivarsi *ex-art. 19 comma 5* fissando, “*con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale*”.
- Il testo del richiamato precetto normativo del TUSPP (art. 2 co. 1 lett. *b)* è speculare, piuttosto, a quello utilizzato dal Principio contabile internazionale (IFRS) n. 11, secondo cui “*Il controllo congiunto è la condivisione, su base contrattuale, del controllo di un accordo, che esiste unicamente quando per le decisioni relative alle attività rilevanti è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*”.
- Inoltre le norme speciali, a mente dell'art. 14 delle Preleggi (RD 16/03/1942 n. 262) non possono che essere interpretate se non per il loro contenuto letterale e non sono pertanto oggetto di interpretazione estensiva.

[Dott. Edoardo Rivola](#)

22

Il controllo congiunto: la posizione dell'Anac.

Delibera Anac n. 1134/17 – Linee guida società partecipate

“Ai fini delle presenti Linee guida, per amministrazione controllante deve intendersi non solo quella titolare delle partecipazioni ma anche, quando non coincidente, l'amministrazione che comunque esercita un effettivo potere di controllo e indirizzo dell'attività sociale, **ad essa attribuito per espressa previsione normativa, statutaria o di altro atto comunque idoneo a conferire tali prerogative**”.

La composizione e il trattamento economico dell'Organo Amministrativo

L'Organizzazione e la gestione delle società

ORGANI AMMINISTRATIVI E DI CONTROLLO DELLE SOCIETÀ A CONTROLLO PUBBLICO (ART. 11) – COMPOSIZIONE

Comma 3. L'assemblea della società a controllo pubblico, con delibera motivata con riguardo a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi, può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ovvero che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI-bis del capo V del titolo V del libro V del codice civile. La delibera è trasmessa alla sezione della Corte dei conti competente ai sensi dell'articolo 5, comma 4, e alla struttura di cui all'articolo 15.

Dott. Edoardo Rivola

25

L'Organizzazione e la gestione delle società

ORGANI AMMINISTRATIVI E DI CONTROLLO DELLE SOCIETÀ A CONTROLLO PUBBLICO (ART. 11) – TRATTAMENTO ECONOMICO

Mediante l'adozione di un **decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze (comma 6)** saranno definiti, **gli indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione delle società a controllo pubblico.**

Fino alla suddetta adozione del decreto, l'art. 4 comma 4 del D.l. n. 95/12 (come modificato dall'articolo 16 del DI 90/2014), rimane in vigore:

*"...4. A decorrere dal 1º gennaio 2015, il costo annuale sostenuto per i compensi degli amministratori **di tali società**, ivi compresa la remunerazione di quelli investiti di particolari cariche, non può superare l'80 per cento del costo complessivamente sostenuto nell'anno 2013".*

Deliberazione Corte dei Conti - sez. regionale di controllo per la Basilicata 29/3/2018 n. 10 - Aumentata complessità gestionale e strategica per affidamento nuovi e diversi servizi successivi - Possibilità di derogare ai limiti di compenso dell'80% del costo complessivamente sostenuto nel 2013, - **NON SUSSISTE.**



26

L'Organizzazione e la gestione delle società

ORGANI AMMINISTRATIVI E DI CONTROLLO DELLE SOCIETÀ A CONTROLLO PUBBLICO (ART. 11) – TRATTAMENTO ECONOMICO

La norma, dal chiaro contenuto transitorio, viene interpretata dall'autorevole dottrina secondo un canone strettamente letterale, e diversamente non poteva essere, con la *"inevitabile conseguenza"* che, con l'entrata in vigore del *"Testo unico"*, viene abrogata la disciplina dei compensi previgente, che rimarrebbe in vigore solo per le Società cui rimanda l'art. 4, comma 4, secondo periodo.



QUALI SONO LE SOCIETÀ CHE RICADONO NELL'AMBITO SOGGETTIVO ?

LE SOCIETÀ NON CONTROLLATE VI RIENTRANO?

Dott. Edoardo Rivola

27

Gestione del personale

Dott. Edoardo Rivola

28

Limiti afferenti l'Organizzazione e la gestione di partecipazioni pubbliche (D.lgs. Società partecipate)

GESTIONE DEL PERSONALE (ART. 19)

- ❑ **Il campo di applicazione:** Le società a controllo pubblico
- ❑ **La disciplina applicabile ai rapporti di lavoro:** salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi.
- ❑ **Le procedure selettive per le assunzioni:** le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

Dott. Edoardo Rivola

29

Limiti afferenti l'Organizzazione e la gestione di partecipazioni pubbliche

GESTIONE DEL PERSONALE (ART. 19)

- ❑ **La nullità dei contratti di lavoro:** salvo quanto previsto dall'articolo 2126 del codice civile, ai fini retributivi, i contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti o delle procedure di cui al comma 2, sono nulli. **Le assunzioni ante TUSPP???**

CORTE DI CASSAZIONE – Sentenza 07 marzo 2018, n. 5395

- A) **Conversione del contratto a termine per mancanza della specificità:** la nullità del termine nelle società a totale partecipazione pubblica titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara non comporta l'automatica conversione
- B) **Nullità del contratto:** Se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell'atto. «sussiste un inscindibile legame fra la procedura concorsuale ed il rapporto di lavoro con l'amministrazione pubblica, poiché la prima costituisce l'atto presupposto del contratto individuale, del quale condiziona la validità. Va, quindi, esclusa la portata innovativa dell'art. 19, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016 che, nel prevedere espressamente la nullità dei contratti stipulati in violazione delle procedure di reclutamento, ha solo reso esplicita una conseguenza già desumibile dai principi sopra richiamati in tema di nullità virtuali.

30

Limiti afferenti l'Organizzazione e la gestione di partecipazioni pubbliche

GESTIONE DEL PERSONALE (ART. 19)

- **La giurisdizione:** resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale (le procedure seguite dalle società cosiddette *in house providing* per l'assunzione di personale dipendente sono sottoposte alla giurisdizione del Giudice ordinario - Corte di cassazione Sezioni unite civili, Sentenza 27 marzo 2017, n. 7759)

Limiti afferenti l'Organizzazione e la gestione di partecipazioni pubbliche

GESTIONE DEL PERSONALE (ART. 19) - Ambito soggettivo di applicazione: Società a controllo pubblico.

5. le amministrazioni pubbliche socie fissano, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, **sul complesso delle spese di funzionamento**, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate (NORMA FINANZIARIA) , anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale e tenuto conto di quanto stabilito all'articolo 25 (RICOGNIZIONE DELLE ECCELENZE DI PERSONALE), ovvero delle eventuali disposizioni che stabiliscono, a loro carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale personale **“tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera”**.
6. Le società a controllo pubblico garantiscono il concreto perseguimento degli obiettivi di cui sopra tramite propri provvedimenti da recepire, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello.

Limiti afferenti l'Organizzazione e la gestione di partecipazioni pubbliche

GESTIONE DEL PERSONALE (ART. 19)

Deliberazione sez. regionale di controllo per la Liguria 8/9/2017 n. 80 - Gestione della spesa per il personale nelle società controllate IN MODO FLESSIBILE

Nel merito, il quesito verte sostanzialmente sulla possibilità di interpretare la norma di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 175 del 2016, nel senso di consentire alle società controllate di aumentare la spesa del personale, in conseguenza di nuove assunzioni, in considerazione della loro operatività. E se, pertanto, l'Ente locale controllante debba emanare l'atto di indirizzo considerando la potenziale sfera di operatività della società controllata.

La Corte ha ritenuto di dare risposta positiva al quesito formulato dal Comune.



Limiti afferenti l'Organizzazione e la gestione di partecipazioni pubbliche

GESTIONE DEL PERSONALE (ART. 19)

Deliberazione sez. regionale di controllo per la Liguria 8/9/2017 n. 80 - Gestione del personale nelle società controllate: MOTIVAZIONE

- Secondo il Testo Unico l'attività è prevalente quando oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci. Tale requisito costituisce un limite ma rappresenta anche il riconoscimento della possibilità per le società in house di svolgere ulteriore attività nei confronti di soggetti terzi.
- Per la Corte dei Conti adita il perseguimento di uno scopo di lucro, sancito dalla scelta stessa del modello societario, ai sensi dell'art. 2247 del c.c. e gli obiettivi di efficienza gestionale stabiliti dal Legislatore attraverso il TUSPP deve tradursi, gioco forza, in una maggiore elasticità delle dinamiche di spesa del personale, delle assunzioni in particolare. Il tenore dell'art. 19 peraltro è chiaro e sebbene la Corte adita prenda in esame la versione ante D.lgs. n. 100/17, prevede espressamente di tener conto, nell'atto di indirizzo, del settore in cui le società operano e di tutti i costi di funzionamento, non solo di quelli del personale.
- "In altri termini, la necessità di aumentare l'attività prodotta, in favore degli enti pubblici o di terzi, con contestuale aumento del fatturato e dei servizi prodotti, il conseguimento di economie di scale e l'efficientamento del servizio, giustifica un'interpretazione della norma che consenta maggiore elasticità nelle politiche concernenti la gestione del personale e del contenimento della spesa".*

Limiti afferenti l'Organizzazione e la gestione di partecipazioni pubbliche (D.lgs. Società partecipate)

NORME TRANSITORIE IN MATERIA DI PERSONALE (ART. 25)

4. Fino al 30 giugno 2018, le società a controllo pubblico non possono procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato se non attingendo, con le modalità definite dal decreto di cui al comma 1, agli elenchi di cui ai commi 2 e 3.
5. Esclusivamente ove sia indispensabile personale con profilo infungibile inerente a specifiche competenze e lo stesso non sia disponibile negli elenchi di cui ai commi 2 e 3, le regioni, fino alla scadenza del termine di cui al comma 3, possono autorizzare, in deroga al divieto previsto dal comma 4, l'avvio delle procedure di assunzione ai sensi dell'articolo 19. Dopo la scadenza del suddetto termine, l'autorizzazione è accordata dall'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro.
6. I rapporti di lavoro stipulati in violazione delle disposizioni del presente articolo sono nulli e i relativi provvedimenti costituiscono grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile.
7. Il Legislatore ha ritenuto di non applicare le disposizioni transitorie in materia di personale di cui all'art. 25 (previste per Società a controllo pubblico), alle Società a prevalente capitale privato di cui all'art. 17 che producono "servizi di interesse generale" e che nei 3 esercizi precedenti abbiano prodotto un risultato positivo (art. 25, comma 7).

Prevenzione del rischio di crisi di impresa.

LA PREVENZIONE DEL RISCHIO DI CRISI DI IMPRESA

L'art. 6, al comma 2 del TUSPP, richiede che le [sole] società a controllo pubblico predispongano "specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale" e che ne informino l'assemblea per il tramite della "relazione sul governo societario che le società controllate predispongono annualmente, a chiusura dell'esercizio sociale e pubblicano contestualmente al bilancio d'esercizio". La norma non precisa se questa relazione debba essere integrata nella relazione sulla gestione o meno, ma è chiara su quando debba essere presentata e a chi, ovvero in assemblea in sede di approvazione del bilancio, ai soci.

È chiaro che tutto ciò ha un effetto di responsabilizzare, sui rischi di crisi aziendale:

- gli amministratori e gli organi di controllo della società;
- i soci, ovvero gli enti pubblici partecipanti.

LA PREVENZIONE DEL RISCHIO DI CRISI DI IMPRESA

Sull'argomento della crisi delle società partecipate dalla P.A Utilitalia ha predisposto delle linee guida, intitolate "Linee guida per la definizione di una misurazione del rischio ai sensi dell'art. 6, c. 2 e dell'art. 14, c. 2 del D.Lgs. 175/2016".

Si tratta di uno strumento teso a delineare una disciplina di minima per l'applicazione di un "programma di misurazione del rischio di crisi aziendale", sottolineando che i singoli Comuni e società interessate, hanno comunque la possibilità di ampliare tali previsioni fino a configurare un sistema strutturato di *risk management* in senso proprio, che non è però quanto viene richiesto dal Testo Unico delle Società Partecipate, rivolto a una platea molto eterogenea di Amministrazioni pubbliche socie e di un altrettanto variegato universo di società partecipate.

A parere dello scrivente gli operatori dovrebbero orientarsi nella prevenzione del rischio di crisi aziendale anche attraverso i principi di revisione, e in particolare attraverso il n. 570 in tema di "Continuità aziendale".

LA PREVENZIONE DEL RISCHIO DI CRISI DI IMPRESA

Da questo punto di vista, **il comma 2 dell'art. 14** a sua volta prevede che qualora emergano, nel monitoraggio dei programmi di valutazione del rischio, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo debba adottare senza indugio i provvedimenti necessari per prevenire l'aggravamento della crisi, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un piano di risanamento.

- La norma di specie dispone inoltre che gli interventi che scaturiscono dal piano di risanamento dovranno, obbligatoriamente, a loro volta, "essere accompagnati da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte".
- La mancata elaborazione del programma di valutazione del rischio, come pure la mancata adozione delle misure correttive al manifestarsi di segnali di allarme, in conformità all'art. 12 del TUSPP potrebbero in sostanza rappresentare, *ex se*, una condotta inerte e quindi gravemente colposa, astrattamente idonea quindi a configurare una responsabilità amministrativo-contabile a carico degli Organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate e, per quanto di competenza, in capo anche ai soggetti preposti all'attività di *control governance* all'interno delle P.A. socie.
- Quando si determini la situazione di cui al comma 2, la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile.

LA PREVENZIONE DEL RISCHIO DI CRISI DI IMPRESA

Il comma 4 dell'art. 14, a sua volta, nel definire i contorni della "adeguatezza" dei provvedimenti rafforza ulteriormente la valenza del "divieto di soccorso finanziario" e dell'obbligo di motivazione, stabilendo che la previsione di un ripianamento delle perdite da parte delle amministrazioni pubbliche socie, in qualsiasi forma giuridica venga posto in essere, è lecita solo qualora accompagnata "*da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 2*"; **ammettendo, addirittura, che in questo caso si possa derogare anche alla disciplina sul sostegno di società partecipate di cui al predetto comma 5 dell'art. 14 il quale - come detto - esclude l'ammissibilità di determinati interventi a fronte di perdite strutturali.**

Anche in questa circostanza emerge chiaramente come il Legislatore, all'interno del Testo Unico, abbia costruito le fondamenta del rinnovato "divieto di soccorso finanziario" sulla "adeguata motivazione", basata sul piano di risanamento contenente i fabbisogni, e sul piano di ristrutturazione al cui interno contemplare le azioni correttive da porre in essere, comprovante la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico.

IL DIVIETO SOCCORSO FINANZIARIO (quale forma di gestione del rischio di crisi)

- L'art. 6 comma 19 del D.L. n. 78/10, seppur abrogato dal D.lgs. n. 175/16, è stato sostituito tuttavia dal **comma 5 dell'art. 14** di quest'ultimo il quale, nel ribadire il divieto di sostegno a favore di società partecipate con perdite strutturali (per tre esercizi consecutivi) e affermando che, fermo restando quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, *“sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti”*, ne subordina l'ammissibilità [i suddetti interventi di sostegno finanziario] espressamente, diversamente dal testo della norma abrogata, al loro inserimento in *“un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5, che contempra il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni”*.
- ❑ L'obbligo di motivazione esce pertanto rafforzato dalla novella normativa, che ne estende la portata applicativa agli interventi in precedenza attuabili, di fatto, senza limitazioni ai sensi dell'art. 6 comma 19; obbligo che la Corte dei Conti aveva comunque statuito da tempo, consolidando un orientamento ben più stringente in confronto a tali limitazioni.

41

Gestione degli appalti (D.lgs. n. 50/16)

Dott. Edoardo Rivola

42

I contratti esclusi (in tutto o in parte) dall'ambito di applicazione del codice sono individuati nei primi articoli del codice (titolo II art. 5-20) e giustificati dalla comune ratio di assenza del pericolo di distorsione della concorrenza.

Il primo caso, riconducibile al fenomeno delle c.d. società in house (affidamenti di servizi dalla P.A. alle società in house), si basa sul presupposto sostanziale che è l'ente pubblico stesso che agisce attraverso la "longa manus" della società la quale poi, a sua volta, opera come se fosse il l'ente pubblico, con tutte le sue regole sull'approvvigionamento.

Sicchè anche vi è una mera differenza soggettiva tra P.A. e società pubblica e in realtà l'attività è riferibile alla prima in virtù del rapporto di proprietà e controllo c.d. "controllo analogo" che la p.a. esercita nei confronti delle società stesse.,

Affidamenti diretti fra amministrazioni aggiudicatrici (in house inverso e in house di secondo grado)

Il **comma 3 dell'art. 5 del nuovo codice** prevede che la disciplina del Codice non trovi applicazione nel caso in cui una persona giuridica controllata aggiudichi un appalto o una concessione:

- a) alla propria amministrazione controllante**
- b) ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione.**

Anche in questi casi, la condizione necessaria perché si possa legittimamente procedere all'affidamento diretto è rappresentata dall'assenza di soci privati nella persona giuridica beneficiaria dell'appalto pubblico, ovvero, qualora vi sia la partecipazione di soci privati, che questi non esercitino il controllo, poteri di veto o influenza determinante sul soggetto affidatario diretto.

Esemplificando, se l'amministrazione aggiudicatrice A controlla le amministrazioni aggiudicatrici B e C, è consentito all'amministrazione aggiudicatrice B effettuare affidamenti diretti sia all'amministrazione aggiudicatrice A (controllante) che all'amministrazione aggiudicatrice C (controllata dalla controllante), a condizione che nell'amministrazione beneficiaria (A o C) non ci siano soci privati in grado di esercitare controllo, poteri di veto o influenza determinante.

Dott. Edoardo Rivola

45

Accordi conclusi fra due o più amministrazioni aggiudicatrici

Il **comma 6 dell'art. 5** del nuovo codice dei contratti pubblici disciplina invece gli accordi conclusi esclusivamente tra due o più **amministrazioni aggiudicatrici**, che non rientrano nell'ambito di applicazione di tale codice se vengono soddisfatte contemporaneamente le seguenti condizioni:

1. l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;
2. l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico (NESSUNA MARGINALITA');;
3. le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione (ciò, al fine di non ledere la concorrenza e il mercato). Ai sensi del comma 7 dello stesso articolo, per determinare tale percentuale, di norma, deve essere fatto riferimento al fatturato totale medio per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.

Dott. Edoardo Rivola

46

ORGANISMI SOCIETARI a cui si applica il codice degli appalti

- A) Le amministrazioni aggiudicatrici (di cui fanno parte gli organismi di diritto pubblico)
- B) società pubbliche che non operano su mercati competitivi
- C) Le imprese pubbliche

*

A) Le amministrazioni aggiudicatrici e gli organismi di diritto pubblico

- Punto fermo circa l'applicazione soggettiva delle norme del codice, e quindi dell'evidenza pubblica (parte II e III), sono i contratti stipulati dalle Amministrazioni pubbliche, così come specificamente indicate dall'art. 3 ("Amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, le associazioni unioni e consorzi costituiti dagli stessi"). Le stesse, definite quindi "Amministrazioni aggiudicatrici" ricomprendono anche "**gli organismi di diritto pubblico**" (art. 3 comma 1 lett. a) e lett d)) anche costituiti in forma societaria.

Gli organismi di diritto pubblico

Elementi costitutivi

Secondo una pronuncia della [Corte di Giustizia](#) ([sentenza](#) del 10 novembre 1998, in Causa C-360/96), sono tre i parametri sintomatici della natura [pubblica](#) comunitaria dell'organismo di diritto pubblico, e precisamente:

- il possesso della [personalità giuridica](#), intesa come capacità di essere centro d'imputazione di attività amministrativa;
- la sottoposizione ad una [influenza pubblica](#): dal fatto che [l'attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato](#), dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico Oppure la cui [gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato](#), dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico
- il fine statutario: **soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.**



Dott. Edoardo Rivola

49

Gli organismi di diritto pubblico

L'interpretazione della Corte di Giustizia europea:

Soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale - Indici presuntivi:

Consiglio di Stato, sez. V, 26.07.2016 n. 3345 (carattere non industriale o comm.le):

Occorre, anche che tali esigenze generali (bisogni) siano perseguite operando con metodo non economico, ovvero senza rischio d'impresa (con il nuovo Testo Unico sulle partecipate, assoggettate peraltro al fallimento, tale requisito non parrebbe riscontrabile in capo appunto alle società partecipate da Enti Locali a maggior ragione per il divieto di soccorso finanziario/aiuti di stato)

Corte di Cassazione, sezione II, sentenza 14 marzo 2016, n. 4938 (carattere industriale o comm.le):

Al riguardo occorre tener presente, da un canto, che alla nozione generale di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c. non è coesistente il fine di lucro, ovvero la necessità che l'attività sia svolta in modo tale che i ricavi eccedano i costi, giacché è sufficiente il cosiddetto "metodo economico", ossia che i ricavi siano quanto meno pari ai costi (cfr. Cass. 24.3.2014, n. 6835, secondo cui lo scopo di lucro - c.d. lucro soggettivo - non è elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, essendo individuabile l'attività di impresa tutte le volte in cui sussista **una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi - cd. lucro oggettivo -**).

Dott. Edoardo Rivola

50

B) società pubbliche che non operano su mercati competitivi

Il nuovo codice si fa carico anche di **quelle società “con capitale pubblico, anche non maggioritario” che non sono organismi di diritto pubblico e che hanno per oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o produzione di beni o servizi “non destinati a essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza”**(art. 1 comma 3).



Ad esse si applica la disciplina prevista dai Testi unici sui servizi pubblici locali di interesse economico generale e in materia di società a partecipazione pubblica.

Appalti da parte di società in house - Art. 16 comma 7 T.U. Partecipate a cui rinvia il D.lgs. n. 50/16 :

Dette società sono tenute all’acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Resta fermo quanto previsto dall’articolo 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016.

Appalti da parte di società miste - Art. 17 comma 6 T.U. Partecipate a cui rinvia il D.lgs. n. 50/16 :

Alle società di cui al presente articolo costituite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite non si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 50 del 2016, se ricorrono le seguenti condizioni:

- a) che non siano organismi di diritto pubblico,
- b) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;
- c) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;
- d) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

Appalti da parte di società miste - Art. 17 comma 6 T.U. Partecipate a cui rinvia il D.lgs. n. 50/16 :

Deliberazione n. 11 del 27/03/2013 – Anac

Non può invocarsi l'esenzione di cui al comma 3, dell'art. 32, del D.lgs. n. 163/2006 il quale non prevede l'applicazione degli obblighi procedurali quando il socio privato viene selezionato mediante gara, al solo e ristretto fine di evitare duplicazioni di procedimenti selettivi e si riferisce esclusivamente a quegli appalti che attengono alla gestione del servizio per il quale la società è stata specificamente costituita. Pertanto, la gestione di servizi non rientranti in quelli "connessi" soggiace all'osservanza delle disposizioni sull'evidenza pubblica ed, in particolare, delle norme di cui alle parti I, II, IV e V del D.lgs. n. 163/2006, in quanto il soggetto appaltante rientra nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici, o soggetti aggiudicatori ai sensi del medesimo art. 32.

Appalti da parte di società miste - Art. 17 comma 6 T.U. Partecipate a cui rinvia il D.lgs. n. 50/16 :

Deliberazione n. 93/2017/PAR - SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER L'UMBRIA

La norma esclude, pertanto, le società in questione, dall'ambito applicativo del codice dei contratti, in presenza di determinate condizioni.

...d) la società deve provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

La norma ha, chiaramente, una finalità concorrenziale in quanto la tutela del mercato avviene nella fase di scelta del socio, momento in cui viene affidato anche l'appalto o la concessione sulla base di un bando di gara e di una procedura pubblicistica.

Tali valutazioni sono circoscritte, quindi, al lavoro/opera o servizio affidato. Ed a tale oggetto della procedura pubblica si riferisce il comma 6 in quanto espressamente esclude dall'applicazione del codice dei contratti le società in esame (che non siano organismi di diritto pubblico), costituite per la realizzazione di lavori/opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, per la realizzazione dell'opera pubblica o per la gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite. Ed a tale opera o servizio si riferisce la lett. c): *"la realizzazione (diretta) dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo"*.

Pertanto, qualora l'opera o il servizio siano realizzati direttamente dalla società partecipata per oltre il 70% del relativo importo, la restante parte dell'opera o del servizio potrà essere realizzata anche da altri soggetti a seguito di affidamento da parte della società mista, senza che questa debba ricorrere per il predetto affidamento a procedure di evidenza pubblica. Dott. Edoardo Rivola

C) Le "imprese pubbliche"

A differenza degli organismi di diritto pubblico, **le imprese pubbliche, costituite in forma societaria, svolgono attività commerciale con scopo di lucro pur nel perseguimento dell'interesse pubblico** (Cons. Stato n.1574 del 2012). **Le stesse sono dunque contraddistinte dallo svolgimento di un'attività di mercato, anche solo potenzialmente aperto alla concorrenza.** Anche per esse è presente l'elemento dell'influenza dominante da parte dello Stato o degli altri enti territoriali o organismi pubblici (art. 3 lett.t)

Soggette alla disciplina PARZIALE del codice, e quindi all'evidenza pubblica, sono SOLO le imprese pubbliche che "svolgono una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121", vale a dire quelle connesse alla gestione di reti in materia di gas, elettricità, acqua, servizi di trasporto (ferroviario, tramviario, mediante autobus ecc.), estrazione di gas, carbone o petrolio (art. 3 lett. e), che corrisponde all'art. 208-212 seg. del "vecchio codice" 163/2006.).

NORMA RESIDUALE

Art. 4 D.lgs. n. 50/16 . (Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi)

1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

La legge di stabilità 2016 e le importanti novità sugli acquisti di beni e servizi

Obbligatorietà dell'uso delle convenzioni Consip e parametri qualità/prezzo

- In tema di convenzioni quadro, altra novità di rilievo contenuta nella Legge di Stabilità 2016, riguarda l'estensione dell'obbligo di benchmarking (rispetto dei parametri prezzo-qualità delle convenzioni) alle società controllate.
-

Anticorruzione e Trasparenza

Dott. Edoardo Rivola

59

Anticorruzione e Trasparenza – Delibera Anac n. 1134/17

1) Le società in controllo pubblico

l'art. 6 TUSPP.....

.....

Società indirettamente controllate

In caso di società indirettamente controllate, la capogruppo assicura che le stesse adottino le misure di prevenzione della corruzione ex lege n. 190/2012 in coerenza con quelle della capogruppo. Laddove nell'ambito del gruppo vi siano società di ridotte dimensioni, in particolare che svolgono attività strumentali, la società capogruppo con delibera motivata in base a ragioni oggettive, può introdurre le misure di prevenzione della corruzione ex lege n. 190/2012 relative alle predette società nel proprio "modello 231" [o nel piano della prevenzione della corruzione]. In tal caso, il RPCT della capogruppo è responsabile dell'attuazione delle misure anche all'interno delle società di ridotte dimensioni. Ciascuna società deve, però, nominare all'interno della propria organizzazione un referente del RPCT della capogruppo.

Dott. Edoardo Rivola

60

Anticorruzione e Trasparenza – Delibera Anac n. 1134/17

1) Le società in controllo pubblico

Società in liquidazione

Nella fase di liquidazione le società controllate possono continuare, pertanto, a espletare attività, con utilizzo di risorse pubbliche spesso assai ingenti – tenuto conto anche dei trasferimenti straordinari ammessi in favore delle società partecipate, in caso di perdite di esercizio, ai sensi dell'art. 14, co. 5, del d.lgs. 175/2016 - in relazione allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ricompresi nell'oggetto sociale.

Permane altresì per le società pubbliche in liquidazione la responsabilità configurabile ai sensi del d.lgs. 231/2001, come sancito dalla giurisprudenza: il trasferimento di risorse pubbliche e la titolarità di poteri coattivi di imposizione e riscossione non esonerano, infatti, la società pubblica dall'applicazione della responsabilità amministrativa da reato per illeciti compiuti da suoi amministratori e dirigenti.

Considerato che la fase di liquidazione può durare per un lungo periodo, si ritiene che le società controllate in liquidazione debbano continuare ad essere sottoposte agli obblighi in materia di anticorruzione e trasparenza, come specificato nelle presenti Linee guida.

Dott. Edoardo Rivola

61

Anticorruzione e Trasparenza – Delibera Anac n. 1134/17

Le società a partecipazione pubblica non di controllo

Le misure organizzative per la prevenzione della corruzione

Pur non essendo queste società comprese nel novero dei soggetti cui la disciplina in tema di prevenzione della corruzione si applica direttamente, si ritiene che, anche per fenomeni corruttivi e di malagestio che si sono verificati, **siano le pubbliche amministrazioni partecipanti a dover promuovere l'adozione del "modello 231"**.

Le società a partecipazione pubblica non di controllo non sono tenute a nominare il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza.

Sotto il profilo organizzativo, è opportuno che esse prevedano, al proprio interno, una **funzione di controllo e di monitoraggio degli obblighi di pubblicazione, anche al fine di attestare l'assolvimento degli stessi.** Il compito di attestare l'assolvimento degli obblighi è affidato preferibilmente all'Organismo di vigilanza, ferme restando le scelte organizzative interne ritenute più idonee, tenuto conto dell'esigenza di limitare gli oneri organizzativi e di semplificare e di valorizzare i sistemi di controllo già esistenti.

La trasparenza

In virtù dell'art. 2-bis, co. 3, del d.lgs. n. 33/2013 **alle società a partecipazione pubblica non di controllo si applicano le medesime disposizioni previste per le pubbliche amministrazioni, in quanto compatibili, limitatamente «all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea».**

62

Anticorruzione e Trasparenza – Delibera Anac n. 1134/17

Le società a partecipazione pubblica non di controllo

Definizione di attività di pubblico interesse

Il nuovo quadro normativo, come anticipato, dà rilevanza alle attività di pubblico interesse al co. 3 dell'articolo 2-bis quale limitazione oggettiva per l'applicazione del d.lgs. n. 33 del 2013 alle società partecipate e agli altri enti di diritto privato.

La nozione è rilevante anche laddove soggetti in controllo pubblico svolgano solo parzialmente attività di pubblico interesse.

Sotto il profilo oggettivo, il contenuto delle attività di pubblico interesse deve essere individuato sulla base della esemplificazione prevista nella parte seconda dell'art. 2-bis, co. 3. **Sono, pertanto, attività di pubblico interesse:**



Dott. Edoardo Rivola

63

Anticorruzione e Trasparenza – Delibera Anac n. 1134/17

Le società a partecipazione pubblica non di controllo

Definizione di attività di pubblico interesse

- a) le attività di esercizio di funzioni amministrative. A mero titolo esemplificativo si possono indicare: le attività di istruttoria in procedimenti di competenza dell'amministrazione affidante; le funzioni di certificazione, di accreditamento o di accertamento; il rilascio di autorizzazioni o concessioni, in proprio ovvero in nome e per conto dell'amministrazione affidante; le espropriazioni per pubblica utilità affidate;
- b) I servizi di interesse generale quanto i servizi di interesse economico generale. **Restano escluse le attività di servizio svolte solo sulla base di una regolazione pubblica (ad esempio la attività svolte in virtù di autorizzazioni).** Per queste attività escluse, la pubblicità è assicurata dagli obblighi che il d.lgs. 33/2013 prevede in capo alle pubbliche amministrazioni.
- c) Le attività di produzione di servizi strumentali a favore delle P.A. per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Restano escluse, pertanto, le attività dello stesso tipo rese a soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni sulla base di contratti meramente privatistici (nel mercato),

Ai fini della migliore precisazione della nozione, può essere utile fare riferimento, sempre in via soltanto esemplificativa, alla elencazione delle attività che consentono alle pubbliche amministrazioni di mantenere o acquistare partecipazioni societarie contenuta all'art. 4 del d.lgs. 175/20162.

Dott. Edoardo Rivola

64