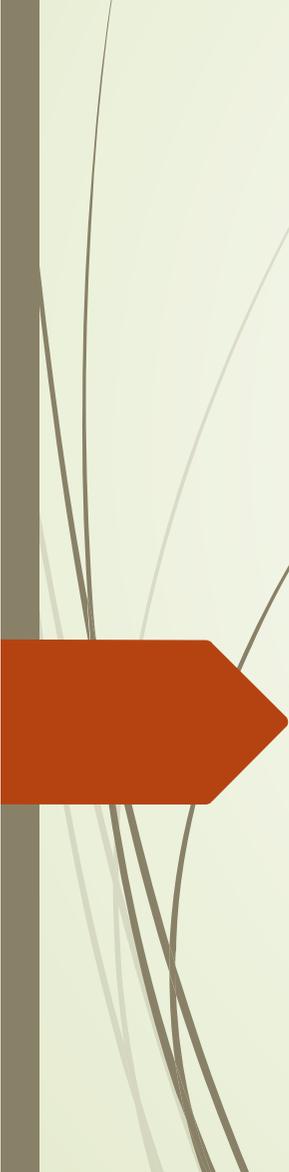


[WEBINAR]
**GLI EFFETTI DEI DECRETI COVID SULLE
SOCIETA' DI CAPITALI – PUBBLICHE E
PRIVATE: II PARTE**



Dott. Edoardo Rivola
Dott.ssa Jessica Ghilarducci

28.04.2020



Programma

1

- Modelli 231 impatti operativi dei decreti e delle ordinanze regionali sulla riapertura delle aziende sui Modelli 231 e sull'attività **dell'OdV/Collegio Sindacale**

2

- Focus sui confini del «Controllo pubblico congiunto»: i chiarimenti della giurisprudenza

3

- Focus sui recenti interventi della giurisprudenza sulla disciplina delle società partecipate e delle aziende speciali: esemplificazioni pratiche

4

- L'impatto della gestione in perdita di società partecipate sulla programmazione degli enti locali e deroghe al principio del divieto di soccorso finanziario: aspetti pratici



MODELLI 231 E SSLL: IMPATTI OPERATIVI DEI DECRETI E DELLE ORDINANZE REGIONALI SULLA RIAPERTURA DELLE AZIENDE SUI MODELLI 231

**Ordinanza Regione Toscana del 18 aprile 2020 e DPCM
26 aprile 2020** su misure di contenimento sulla diffusione
del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro

Alla luce del Documento CNDCEC del 27.04.2020



Gestione degli spazi e delle procedure di lavoro

2. Distanza di sicurezza: 1,8 metri, salvo le specificazioni di cui al punto 6;
3. Obbligo dell'uso della mascherina negli ambienti di lavoro pubblici e privati:
 - ▶ In spazi chiusi in presenza di più persone;
 - ▶ In spazi aperti quando, non è garantito il mantenimento della distanza.
4. In presenza di febbre o altri sintomi influenzali, **divieto** di recarsi sul posto di lavoro (obbligo rimanere al proprio domicilio):
 - ▶ Il datore di lavoro all'inizio del turno di lavoro deve utilizzare idonei **strumenti di misurazione della febbre (oppure dichiarazione sostitutiva** da parte del dipendente).



Gestione degli spazi e delle procedure di lavoro

5. Prima dell'accesso al posto di lavoro detergersi accuratamente le mani, utilizzare la mascherina protettiva e, ove compatibile, utilizzare guanti monouso
 - ▀ Il datore di lavoro installa nei luoghi di lavoro dispenser e fornisce mascherine protettive e eventualmente guanti monouso.
6. Se non è possibile mantenere la distanza di 1,8 metri introdurre elementi di separazione fra le persone o utilizzo di mascherine **FFP2 senza valvola**.
7. Sanificazione degli ambienti comuni e delle attrezzature in base ai turni di lavoro (almeno 1 volta al giorno)



Gestione degli spazi e delle procedure di lavoro

8. Sanificazione etanolo (concentrazioni pari al 70%), prodotti a base di cloro (candeggina) o ad altri prodotti disinfettanti, concentrandosi in particolare sulle superfici toccate più di frequente (porte, maniglie, tavoli, servizi igienici).

- ▶ **Adempimenti ordinariamente registrati da parte del DL, su supporto cartaceo o informatico;**

9. Se presenti impianti di areazione: sanificazione periodica

- ▶ Altrimenti spegnimento, garantendo la massima ventilazione dei locali;

10. Mensa: riorganizzazione in modo da garantire la distanza interpersonale:

- ▶ Effettuare la sanificazione dei tavoli dopo ogni singolo pasto;
- ▶ È possibile il consumo dei pasti anche presso la singola postazione di lavoro, se possibile

11. **Il DL informa tutti i propri lavoratori, consegnando e/o affiggendo all'ingresso e nei luoghi maggiormente visibili, appositi *dépliants*.**



DPCM 26 aprile 2020

Il 26 aprile è stato firmato l'ultimo DPCM di interesse per le imprese.

- Tale decreto, tra gli allegati, comprende il "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro" che a sua volta contiene le prescrizioni a cui occorre adeguarsi, sia sotto il profilo operativo che del trattamento dei dati ai fini privacy inerente l'applicazione delle misure di sicurezza.

Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro

24 aprile 2020: Novità

MODALITÀ DI INGRESSO IN AZIENDA

- ▶ L'ingresso in azienda di lavoratori già risultati positivi all'infezione da COVID 19 dovrà essere preceduto da una preventiva comunicazione avente ad oggetto la certificazione medica da cui risulti la "avvenuta negativizzazione" del tampone
- ▶ Qualora, per prevenire l'attivazione di focolai epidemici, l'autorità sanitaria competente disponga misure aggiuntive specifiche il datore di lavoro fornirà la massima collaborazione.
- ▶ Il personale, prima dell'accesso al luogo di lavoro potrà essere sottoposto al controllo della temperatura corporea. Se tale temperatura risulterà superiore ai 37,5°, non sarà consentito l'accesso ai luoghi di lavoro.
- ▶ Il datore di lavoro informa preventivamente il personale, e chi intende fare ingresso in azienda, della preclusione dell'accesso a chi, negli ultimi 14 giorni, abbia avuto contatti con soggetti risultati positivi al COVID-19 o provenga da zone a rischio secondo le indicazioni dell'OMS. (autocertificazione)



Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro

24 aprile 2020: Novità

PULIZIA E SANIFICAZIONE IN AZIENDA

- Nelle aziende in cui si sono registrati casi sospetti di COVID-19, è necessario prevedere, alla riapertura, una sanificazione straordinaria degli ambienti, delle postazioni di lavoro e delle aree comuni-

Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro

24 aprile 2020: Novità

MODALITÀ DI ACCESSO DEI FORNITORI ESTERNI

- In caso di lavoratori dipendenti da aziende terze che operano nello stesso sito produttivo (es. manutentori, fornitori, addetti alle pulizie o vigilanza) che risultassero positivi al tampone COVID-19, l'appaltatore dovrà informare immediatamente il committente ed entrambi dovranno collaborare con l'autorità sanitaria fornendo elementi utili all'individuazione di eventuali contatti stretti.
- L'azienda committente è tenuta a dare, all'impresa appaltatrice, completa informativa dei contenuti del Protocollo aziendale e deve vigilare affinché i lavoratori della stessa o delle aziende terze che operano a qualunque titolo nel perimetro aziendale, ne rispettino integralmente le disposizioni.
- Se possibile, gli autisti dei mezzi di trasporto devono rimanere a bordo dei propri mezzi: non è consentito l'accesso agli uffici per nessun motivo. Per le necessarie attività di approntamento delle attività di carico e scarico, il trasportatore dovrà attenersi alla rigorosa distanza di un metro

La ripresa o il proseguimento delle attività

Per la ripresa e per lo svolgimento delle attività, da un punto vista metodologico è fondamentale:

- ▶ definire preliminarmente l'ambito di rischio per ciascuna attività integrando il Dvr con le valutazioni del caso sul rischio biologico (classificandolo almeno secondo tre variabili, ossia l'esposizione, la prossimità e l'aggregazione).
- ▶ Contemporaneamente deve essere adottato o comunque aggiornato il "Protocollo di regolamentazione per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID 19 negli ambienti di lavoro" interno che dovrà essere sottoscritto dal Datore di Lavoro, dal RSPP, dal Medico Competente e dal RLS/RLST, seguendo le indicazioni contenute in quello "condiviso" di cui sopra, individuando le azioni preventive da attuare, suddivise in organizzative, di prevenzione e protezione e specifiche per la prevenzione dell'attivazione di focolai epidemici.

La ripresa o il proseguimento delle attività

- ▶ Tra le incombenze da porre in essere vi rientra inoltre l'obbligo di costituire in azienda un Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione con la partecipazione delle rappresentanze sindacali aziendali e del RLS.
- ▶ Laddove, per la particolare tipologia di impresa e per il sistema delle relazioni sindacali, non si desse luogo alla costituzione di comitati aziendali, verrà istituito, un Comitato Territoriale composto dagli Organismi Paritetici per la salute e la sicurezza, laddove costituiti, con il coinvolgimento degli RLST e dei rappresentanti delle parti sociali.
- ▶ Potranno essere costituiti, a livello territoriale o settoriale, ad iniziativa dei soggetti firmatari del presente Protocollo, comitati per le finalità del Protocollo, anche con il coinvolgimento delle autorità sanitarie locali e degli altri soggetti istituzionali coinvolti nelle iniziative per il contrasto della diffusione del COVID19.

Protocollo Anti - Contagio

I datori di lavoro hanno l'obbligo di redigere un protocollo di sicurezza Anti - Contagio che preveda l'impegno all'attuazione delle misure indicate al fine di garantire la sicurezza e la tutela della salute e dei lavoratori.

L'adozione del protocollo Anti - Contagio da parte del Datore di Lavoro è necessaria per lo svolgimento dell'attività. Trasmissione del protocollo Anti - Contagio alla Regione Toscana entro 30 giorni PER LE ATTIVITÀ ATTUALMENTE APERTE. Per le altre, entro 30 giorni dalla riapertura

I servizi PISLL della Regione Toscana verificano l'adozione da parte dei datori di lavoro delle procedure di sicurezza anti-contagio, in conformità alle presenti disposizioni

Il protocollo anti-contagio dovrà essere sempre reso disponibile presso l'attività per i controlli previsti dalla legge

E' dato mandato al settore regionale competente per la sicurezza dei luoghi di lavoro all'adozione di provvedimenti tecnici finalizzati ad individuare procedure standardizzate di controllo da parte dei servizi PISLL del rispetto delle procedure di sicurezza anti-contagio

Gli effetti del Covid-19 sui Modelli Organizzativi ex. D.Lgs. 231/2001

- ▶ Verificare l'adeguatezza dei propri presidi in materia di SLL, al fine di fronteggiare un evento così straordinario e imprevedibile.
- ▶ Laddove si sia in presenza di un Modello idoneo, l'emergenza COVID-19 non comporta la necessità di un suo aggiornamento, bensì quella di implementare il sistema gestionale → Aggiornamento DVR.
- ▶ La liquidità derivante dal credito garantito o da altri contributi è comunque vincolata nella destinazione per l'acquisto di fattori produttivi impiegati in stabilimenti e attività localizzate in Italia: 640 bis cp, truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche e 316 ter cp, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato.
- ▶ **In estrema ratio, qualora ci fosse un interesse/vantaggio economico, si sostanzierebbe un reato specifico ai sensi del D. Lgs. 231/2001 anche sotto il profilo della responsabilità amministrativa dell'Ente.**



Gli effetti del Covid-19 sui Modelli Organizzativi ex. D.Lgs. 231/2001

Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza/Collegio Sindacale

- ▶ **Ricevere un costante flusso informativo** in merito agli adempimenti posti in essere, ad esempio, con particolare riferimento alla **valutazione del rischio nel Dvr, all'adozione e attuazione di protocolli specifici** che recepiscano le indicazioni contenute nei provvedimenti ad oggi intervenuti, **all'adempimento degli obblighi informativi, alle riunioni del Servizio di Protezione e Prevenzione, alle operazioni di sanificazione, alle indicazioni del Medico Competente, alla gestione dei DPI**, alla nuova organizzazione del lavoro in caso di prosecuzione, totale o parziale dell'attività.
- ▶ Vigilare sulla destinazione delle risorse pubbliche acquisite (liquidità derivante dal credito garantito o da altri contributi): flussi informativi e audit.

Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza/Collegio Sindacale

- L'Organismo di vigilanza ha il dovere di attivarsi prontamente per comprendere se:

L'impresa possa proseguire nelle proprie attività in seguito agli ultimi provvedimenti restrittivi sulle attività produttive

L'impresa abbia posto in essere le misure necessarie per prevenire il rischio di contagio riferibile alle attività di impresa

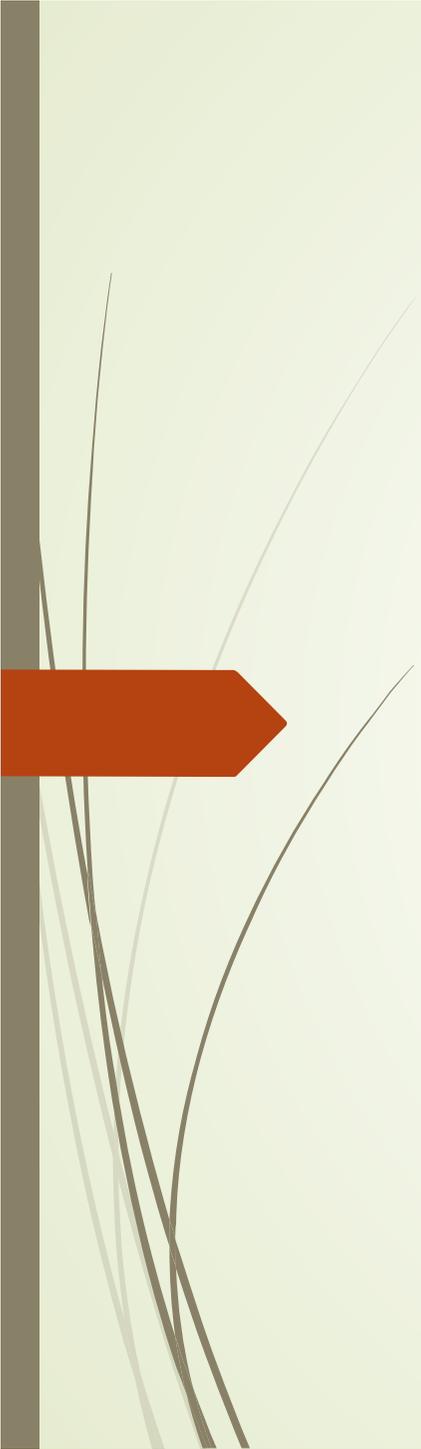
La struttura abbia recepito e osservi tali misure

La società produca o commercializzi prodotti di cui vi sia urgente necessità a causa dell'attuale situazione emergenziale

La società partecipi alle procedure semplificate e previste dal Decreto attualmente in vigore e/o faccia ricorso ai prestiti garantiti dallo Stato

La società sia ricorsa allo strumento del lavoro agile e quali DPI abbia fornito ai propri lavoratori

Il modello sia effettivo ed efficace



FOCUS SUI CONFINI DEL «CONTROLLO PUBBLICO CONGIUNTO»

I chiarimenti della giurisprudenza

Lo «spartiacque» tra controllo e mera partecipazione

Gli effetti dirimenti sull'applicazione della normativa speciale vincolistica

- Il TUSP (art. 3) stabilisce una sostanziale «privatizzazione della gestione» delle società partecipate, limitando a quelle controllate l'assoggettamento ai vincoli di finanza pubblica, per lasciare essenzialmente «libere» le prime di porsi sul mercato in modo competitivo. **Tuttavia per le controllate:**
 - Normativa antiriciclaggio.
 - Disciplina degli Organi di amministrazione e obbligo di selezione pubblica per i dipendenti.
 - Applicazione della normativa in tema di prevenzione della corruzione e di trasparenza: l'ANAC, con Delibera n. 1134/17, ha stabilito che l'ambito soggettivo di applicazione è quello delineato nel TUSP stesso.
 - Legislazione sui controlli: la pubblica amministrazione, sia in qualità di «semplice» partecipante che di controllante, ha il dovere di monitorare le evoluzioni delle dinamiche aziendali assumendo le iniziative conseguenti, come previsto dagli articoli 147-*quater* e *quinquies* del TUEL e dall'art. 19 del TUSP
 - Solo le controllate, sono assoggettate alle disposizioni in materia di crisi di impresa (art. 6 e 14 TUSP).

La definizione di controllo pubblico congiunto nella normativa (D.lgs. n. 175/16)

- ▶ **Società a controllo pubblico:** società in cui un socio pubblico detiene la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea, nonché laddove la P.A. sia titolare della minoranza del capitale sociale, l'art. 2359 del c.c. risulta di facile applicazione e consente di individuare senza particolari criticità il posizionamento degli organismi societari ai fini dell'applicazione del TUSP.
- ▶ **Controllo congiunto:** Situazioni in cui più nessuna delle P.A. socie, nel complesso, sia titolare di quote o azioni di maggioranza, in percentuale maggioritaria.
 - ▶ L'art. 2, lett. m) del TUSP definisce società a controllo pubblico *"le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)"*, e quest'ultima, a propria volta, definisce come controllo *"la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile"*.
 - ▶ La lett. m), aggiunge 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 è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo"*.

Gli orientamenti interpretativi sul controllo pubblico congiunto: la struttura di controllo e monitoraggio del MEF e le Sezioni Riunite della Corte dei Conti

- ▶ Atto di orientamento del 15 febbraio: la Struttura di controllo e monitoraggio MEF (art. 15 TUSP) si è espressa in ordine al perimetro del controllo pubblico congiunto, basandosi sul dato letterale del combinato disposto delle lett. b) e m) dell'art. 2, comma 1, rilevando che *«alla luce dello stesso deve ritenersi che il legislatore del TUSP abbia voluto ampliare le fattispecie del controllo talché, in coerenza con la ratio della riforma volta all'utilizzo ottimale delle risorse pubbliche e al contenimento della spesa, al controllo esercitato dalla Pubblica Amministrazione sulla società appaiono riconducibili non soltanto le fattispecie recate dall'art. 2, comma 1, lett. b), del TUSP, **ma anche** le ipotesi in cui le fattispecie di cui all'art. 2359 c.c. si riferiscono a più Pubbliche Amministrazioni, le quali esercitano tale controllo congiuntamente e **mediante comportamenti concludenti, pure a prescindere dall'esistenza di un coordinamento formalizzato**»*.

Gli orientamenti interpretativi sul controllo pubblico congiunto: la struttura di controllo e monitoraggio del MEF e le Sezioni Riunite della Corte dei Conti

- **MEF:** l'ipotesi di cui alla lettera m) deve essere intesa come aggiuntiva rispetto a quella enucleata alla lettera b), con la conseguenza che la mera circostanza della maggioranza pubblica *latu sensu*, ovvero costituita da partecipazioni frammentarie di singoli enti, sarebbe comunque idonea a configurare il controllo pubblico nella forma "congiunta".
- **Corte dei Conti, a Sezioni Riunite** (Sentenza n. 17 del 07 luglio 2019):
 - Fonda il suo orientamento su una lettura organica delle lettere b) e m) dell'art. 2 del TUSP evidenziando, la necessità di accertare in concreto la sussistenza delle condizioni richieste dalla lettera b), rispetto cui la lettera m) **conterrebbe un mero rinvio.**
 - La specialità rispetto alla disciplina del diritto comune è limitata a tale inciso, che consente di ritenere sufficiente un **patto parasociale debole** tra più amministrazioni per determinare l'influenza dominante necessaria a configurare il controllo pubblico.

L'applicazione «equilibrata» del concetto di controllo pubblico

- ▶ **Domanda:** come può esprimersi in tali circostanze la *control governance*, di cui fanno parte, solo a titolo esemplificativo, l'impartire direttive e il dettare obiettivi sui costi di funzionamento (art. 19 TUSP)?
- ▶ **Corte dei conti, Sezioni Riunite:** sottolinea come l'accertamento della sussistenza della qualità di società a controllo pubblico non possa essere desunto dai meri indici costituiti dalla maggioranza dei voti in assemblea, ma richieda una puntuale attività istruttoria "*volta a verificare se, nel caso concreto, sussistano le condizioni richieste dall'art. 2, lett. b), del Tusp*".
- ▶ Non è sostenibile l'ipotesi del coordinamento di fatto o per comportamenti concludenti.
- ▶ Il coordinamento non può che risultare esclusivamente da norme di legge, statutarie o da patti parasociali che, richiedendo il consenso unanime o maggioritario di alcune delle pubbliche amministrazioni partecipanti, determinano la capacità concreta dei soci pubblici di incidere sulle decisioni finanziarie e strategiche della società.

L'applicazione «equilibrata» del concetto di controllo pubblico

- ▶ L'art. 2359 c.c., in combinato disposto con l'art. 2341-*bis*, stabilisce che la società si possa definire controllata solamente quanto esiste un **centro, anche plurimo, ma comunque organizzato, di decisione strategica**.
- ▶ Le ipotesi dell'art. 2359 c.c., presuppongono un centro unitario di esercizio del dominio, in grado di dettare indirizzi strategici alle società partecipate.
 - ▶ Le uniche forme di coordinamento in grado di mettere a sistema, in modo organico, partecipazioni frammentarie e diffuse detenute da più pubbliche amministrazioni sono lo **statuto e il patto parasociale** (2341-*bis* C.c.).
- ▶ Ne deriva, dal punto di vista pratico, che non possa reggere un orientamento che consideri la mera «sommatoria algebrica» di P.A.

Il coordinamento istituzionalizzato tra soci pubblici quale obbligo ai fini della legittima detenzione di partecipazioni

Corte dei conti Se. Riunite - Sezione giurisdizionale 21/1/2020 n. 1

- Nozione di controllo pubblico pluripartecipato – Principi identificativi e condizioni applicative. (Fondazione "Teatro alla Scala di Milano" – Assenza di un controllo pubblicistico).
- Non è sufficiente una verifica meramente cartolare e formale dell'esistenza di tali strumenti, ma è necessario che il Giudice interno verifichi che i poteri siano realmente, stabilmente e permanentemente esercitati.

Il Collegio ritiene di ribadire tale indirizzo, conforme peraltro al disposto normativo (che espressamente richiede l'unanimità fondata sulla legge, lo statuto o un patto parasociale).

Pertanto, emergendo, dall'esame della documentazione versata in atti, l'assenza di strumenti di coordinamento tra le svariate Amministrazioni titolari di eterogenei poteri di controllo, vigilanza e partecipazione di diritto, queste Sezioni riunite escludono che nel concreto possa configurarsi un controllo pubblico. In sostanza, il controllo pubblico congiunto non solo presuppone l'esistenza di strumenti di coordinamento, ma impone anche che tali meccanismi siano effettivamente utilizzati per attuare un controllo reale, sostanziale, stabile e permanente sull'ente privato non lucrativo (come richiesto dalla Corte di giustizia).



L'applicazione «equilibrata» del concetto di controllo pubblico

- **Domanda:** il caso in cui non vi siano accordi formalizzati in patti parasociali è compatibile con i vincoli alla detenzione di partecipazioni?

Il coordinamento istituzionalizzato tra soci pubblici quale obbligo ai fini della legittima detenzione di partecipazioni

- In assenza di patti parasociali o di altre forme di coordinamento istituzionalizzato, secondo la Corte dei Conti, difficilmente sarà configurabile un interesse al mantenimento di una partecipazione pulviscolare (Sezioni Riunite della Corte dei Conti, Sentenza n. 17/2019)
- A sostegno della posizione espressa, è intervenuto anche il Consiglio di Stato, Sez. III, il 3 marzo 2020 con sentenza n. 1564, e già nel 2019 con sentenza n. 578: *“Le partecipazioni minoritarie di enti locali in società sono ammissibili a condizione che siano supportate da patti parasociali finalizzati a consentire ai soggetti pubblici partecipanti di esercitare un effettivo controllo sull’attività di impresa”*.
- Anche la Corte dei Conti, Sezione regionale di Controllo dell’Umbria ha assunto una posizione in linea con quella in parola, affermando che *“in presenza di partecipazioni pubbliche maggioritarie, in capo ai Comuni sussiste l’obbligo di stipulare un patto parasociale ovvero favorire altre forme di aggregazione e coordinamento tra gli Enti, finalizzati alla puntuale attuazione delle disposizioni del Tusp, che consentano ai Comuni soci di esercitare il controllo pubblico”* (Delibera n. 77 del 2 ottobre 2019)

Il coordinamento istituzionalizzato tra soci pubblici quale obbligo ai fini della legittima detenzione di partecipazioni

- ▶ La Sezione Umbra si spinge oltre, precisando che la mancata attivazione delle più volte indicate forme di coordinamento istituzionalizzato, considerate attuative di previsioni precettive, potrebbe configurare anche una responsabilità amministrativo-contabile, *“considerato che non si tratta, nel caso di specie, di esercitare liberi diritti privati quali azionisti, ma avere proprie **potestà pubbliche che rendono doveroso un comportamento a tutela dei propri poteri pubblici di controllo**”*.
- ▶ Le disposizioni del TUSP impattano direttamente sulla gestione delle partecipate e, conseguentemente, sul bilancio delle PP.AA. socie; quindi una loro violazione, nel caso di specie di quelle che impongono il coordinamento istituzionalizzato, andrebbe considerata come una violazione dei vincoli di finanza pubblica, e per questo sanzionabile eventualmente anche ai sensi dell'art. 148, commi 1 e 4, TUEL.



Conclusioni

- ▶ Sulla base di quanto sopra, nel solco degli orientamenti espressi dalla Giurisprudenza, possiamo concludere con una considerazione pratica: laddove gli statuti o i **patti parasociali prevedessero per le decisioni strategiche il necessario consenso del socio privato**, impedirebbero alle amministrazioni socie di esercitare il controllo, risultando incompatibili con l'obbligo sancito dall'art. 2 lett. b) del TUSP secondo cui per le decisioni strategiche è necessario il consenso unanime dei soci pubblici.



FOCUS SUI RECENTI INTERVENTI DELLA GIURISPRUDENZA SULLA DISCIPLINA DELLE SOCIETA' PARTECIPATE E DELLE AZIENDE SPECIALI

Esemplificazioni pratiche



Tar Veneto sezione I 29/1/2020 n. 98

- ▶ La previsione dell'obbligo della procedura di evidenza pubblica in caso di alienazione di partecipazioni sociali ex art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 175 del 2016, comporta la nullità di eventuali clausole che prevedano diritti di prelazione in favore dei soci della società mista
- ▶ Le medesime considerazioni non sembrano valere con riferimento all'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016, sia possibile derogare alla regola generale del ricorso all'evidenza pubblica.
 - ▶ Il mantenimento del diritto di prelazione in favore dei soci limitatamente al caso eccezionale di negoziazione diretta con il singolo acquirente, trova giustificazione nell'impossibilità di rinvenire, in tali evenienze, un vulnus ai principi comunitari pocanzi richiamati

Consiglio di Stato sezione III

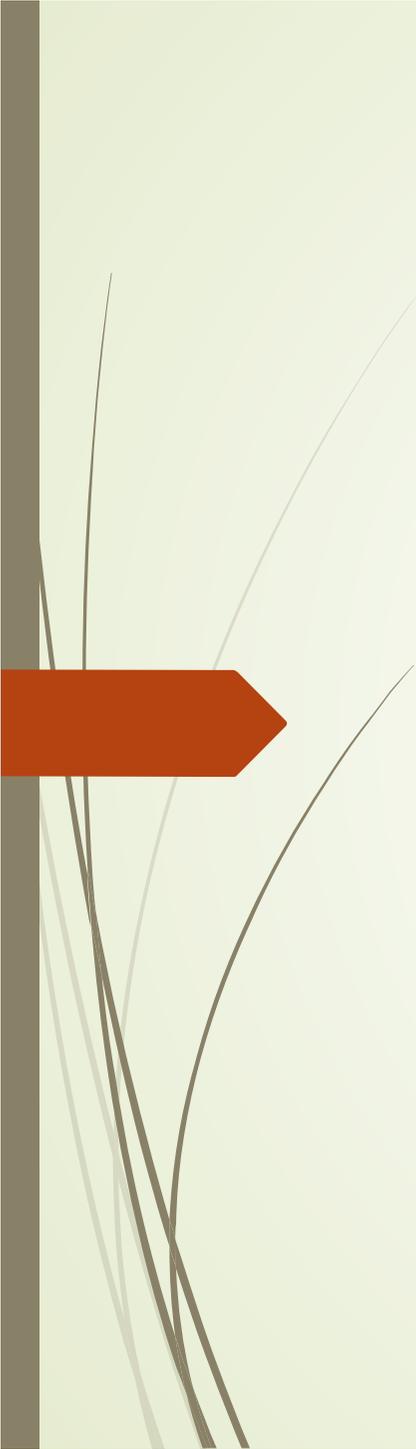
25/02/2020 n. 1385

- ▶ Il Consiglio di Stato si sofferma, sul requisito della partecipazione dei soggetti privati nel capitale sociale delle società in house, sottolineando che:
 - ▶ L'art. 5, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 50 del 2016 ha ammesso la possibilità di forme di partecipazioni private, purché **previste** dalla legislazione nazionale;
 - ▶ L'art. 16, comma 1, D.Lgs. n. 175 del 2016 considera ammessa una partecipazione al capitale sociale dei privati a condizione che la stessa sia **prescritta** da una disposizione di legge nazionale.

Consiglio di Stato sezione III

25/02/2020 n. 1385

- *“La differenza semantica tra le due disposizioni nazionali (previste-prescritta) ha fatto ritenere che non occorra che la partecipazione sia “prescritta” ma è sufficiente che sia consentita”*
- Secondo il Consiglio di Stato, la previsione di cui all’art. 5, d.lgs. n. 50 del 2016 deve considerarsi *“una formulazione che rimanda ad una successiva norma di legge che espressamente prescriva la partecipazione dei privati alla società in house e, soprattutto, che ne stabilisca le modalità di partecipazione e di scelta del socio. Tale norma pone una previsione di carattere generale e, dunque, nell’ordinamento interno, **fino a quando non ci sarà una legge che attui tale previsione, deve ritenersi preclusa ai privati la partecipazione alla società in house** dato che, diversamente opinando, non sapremmo né in che percentuale possano partecipare, né come debbano essere scelti. Questo è ciò che porta a distinguere le società in house dalle società miste, per le quali è disciplinata una partecipazione mista di capitale pubblico-privato”*



LIQUIDAZIONE DI AZIENDA SPECIALE E PATRIMONIO NETTO NEGATIVO: EFFETTI SUL SOCIO PUBBLICO

Gli effetti del Patrimonio Netto Negativo di un'azienda speciale (e per una parte dei concetti espressi anche alle società, al termine della fase liquidatoria)

Il posizionamento dell'azienda speciale nel contesto giuridico di riferimento e applicazione del divieto di soccorso finanziario

- ▶ L'azienda speciale, come recita l'art. 114 del Testo Unico degli Enti Locali, è *“ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale”*.
 - ▶ **Autonomia di tipo «imprenditoriale»:** ma la sua attività è diretta e orientata dall'Ente controllante in un rapporto assimilabile a quello che l'Ente ha con un proprio organo.
 - ▶ **«Amministrazione parallela»:** cioè una struttura inquadrata organicamente nella più ampia
- ▶ Art. 1221 c.c. e art. 1 L.F.: Espressa **esenzione** dell'azienda speciale dall'applicazione delle disposizioni in materia di fallimento e di concordato preventivo.
 - ▶ Corte dei Conti sezione Lombardia, Deliberazione n. 296/2019/PAR
 - ▶ Corte dei Conti sezione Lazio, Deliberazione n. 1/2019/PAR

Il posizionamento dell'azienda speciale nel contesto giuridico di riferimento e applicazione del divieto di soccorso finanziario

- ▶ Divieto di soccorso finanziario
- ▶ Sezione Campania 2018: **abbandono** anche per l'azienda speciale della logica del salvataggio a tutti i costi in situazioni d'irrimediabile dissesto o l'ammissibilità d'interventi tampone con dispendio di disponibilità finanziarie a fondo perduto, erogate senza l'inserimento in un programma industriale o in una prospettiva che realizzi l'economicità e l'efficienza della gestione nel medio e lungo periodo.
 - ▶ Principio che vale oltre che per le perdite d'esercizio anche riguardo alla copertura del *deficit* di liquidazione.
 - ▶ Il divieto di "soccorso finanziario" opera anche nel caso di liquidazione (Corte dei Conti Lombardia, Deliberazione n. 29/2019/PAR e Sezione regionale di controllo per la Regione Lazio, Deliberazione n.1/2019/PAR)

Azienda speciale e riconoscimento dei debiti fuori bilancio

- ▶ **Quesito:** è applicabile l'articolo 194, comma 1, lett. b), del TUEL anche al disavanzo finale di liquidazione dell'Azienda speciale, riconoscendolo quale debito fuori bilancio del Comune? Tale debito è assorbibile pertanto nel passivo del bilancio del Comune?
- ▶ **Premessa:** Art. 194, c. 1, lett. b) del TUEL ➡ Riconoscimento dei debiti fuori bilancio derivanti da “*copertura di disavanzi di consorzi, di aziende speciali e di istituzioni, nei limiti degli obblighi derivanti da statuto, convenzione o atti costitutivi, purché sia stato rispettato l'obbligo di **pareggio del bilancio** di cui all'articolo 114 ed il **disavanzo derivi da fatti di gestione**”.*
- ▶ **Risposta:** Il disavanzo da liquidazione dell'azienda speciale **non è riconducibile ai disavanzi cui fa riferimento l'art. 194, lett. b), TUEL** poiché proprio il riferimento al “pareggio” e alla sua funzione, costituisce un limite alla riconoscibilità dei disavanzi (Sentenza Corte dei Conti Sezione Controllo Regione Campania, 21.12.2018)



Azienda speciale e riconoscimento dei debiti fuori bilancio

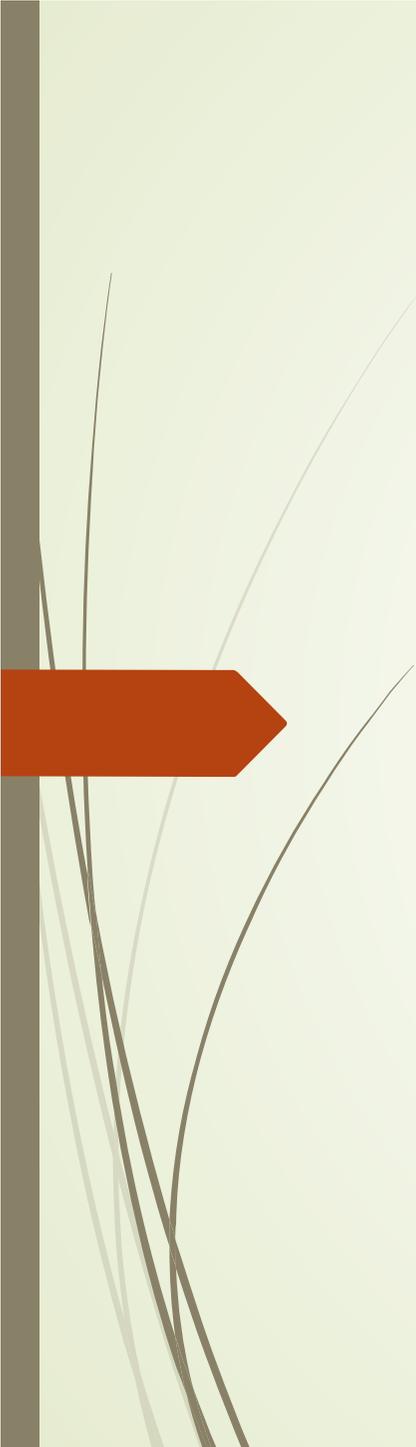
- ▶ Le perdite delle aziende speciali si traslano sugli enti solo se rispondono ad *"un'adeguata razionalità economica"*, nonché devono *"corrispondere ad uno specifico e concreto pubblico interesse, la cui esistenza va motivata alla luce degli scopi istituzionali e della necessità di perseguire i canoni di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa (art. 97 della Costituzione, artt. 1 e 3 della legge n. 241/1990)"*.

Conclusioni

- ▶ Le aziende speciali sono soggette all'iscrizione presso il Registro Imprese e all'obbligo di deposito dei bilanci di esercizio.
 - ▶ I liquidatori dovrebbero pertanto presentare istanza di cancellazione della società all'ufficio del registro imprese tenuto presso la camera di commercio territorialmente competente
- ▶ **Quesito:** Cosa fare nel caso in cui secondo cui nel bilancio finale di liquidazione persistano (ovvero non siano iscritte, pur essendosi manifestate) al momento della cancellazione situazioni debitorie non estinte?
- ▶ **Risposta:** Non vi sono elementi ostativi che impediscano il deposito del bilancio finale di liquidazione nel registro delle imprese anche per l'azienda speciale (orientamento maggioritario della Cassazione)
 - ▶ Più specificatamente, i giudici di merito hanno rilevato che, nel caso in esame, il conservatore non avrebbe potuto rifiutare la cancellazione

Conclusioni

- ▶ È possibile procedere all'iscrizione presso il registro imprese della cancellazione di una società, anche laddove in capo alla medesima sussistano ancora posizioni debitorie non estinte (Art. 2495 c.c. co. 2)
- ▶ Tali pronunce hanno affermato che, con la cancellazione dal registro imprese si verifica a pieno titolo l'estinzione dell'ente, e ciò indipendentemente dalla sussistenza o meno di creditori insoddisfatti.
- ▶ L'azione di rivalsa da parte di creditori insoddisfatti, siano essi privati, ovvero pubblici può rivolgersi unicamente nei confronti dei soci, ed eventualmente, dei liquidatori, sia pure con diversi limiti ed a diverse condizioni e ferme restando le conseguenze in termini di responsabilità amministrativo contabile, riconosciuta in diversi casi sussistente da parte della Corte dei Conti, in capo al socio pubblico, oltre che agli organi dell'azienda speciale, aventi ad oggetto le cause del dissesto dell'azienda speciale.



**LEGITTIMA PER IL COMUNE LA
COSTITUZIONE DI UN'AZIENDA
SPECIALE PER IL SERVIZIO RIFIUTI
IN LUOGO DI UNA PARTECIPATA
DICHIARATA FALLITA**



Caso

- ▶ **Sentenza n.5444/2019 della Sez. V:** Il caso tratta di un Comune che, dopo la dichiarazione di fallimento della società partecipata a cui era affidato il servizio di gestione di raccolta e smaltimento rifiuti, dopo aver indetto una gara a evidenza pubblica, poi annullata in autotutela a seguito del parere negativo dell'ANAC, procedeva per la costituzione di **un'Azienda Speciale** cui affidare il servizio.

Quesito

- ▶ Fermo restando il divieto della costituzione di nuova società (acquisizione o mantenimento in società), la P.A. controllante può gestire il servizio pubblico già affidato alla società dichiarata fallita mediante modelli di gestione diversi quale l'Azienda speciale?

Premessa

- ▶ I Comuni possono costituire un ente strumentale, nella specie, un'azienda speciale ex art. 114 del TUEL per la gestione dei servizi di raccolta e smaltimento dei rifiuti nel territorio comunale **senza violare l'art. 14, comma 6, del D.Lgs. n. 175/2016**
 - ▶ **L'art. 14** pone il divieto di assumere e/o mantenere l'organizzazione e la gestione del servizio attraverso Enti partecipati in caso di fallimento della società controllata precedentemente gestore del servizio

Risposta

- ▶ La relativa risposta è **positiva**
- ▶ Il divieto contenuto nell'art. 14 ha a oggetto (**solo**) la costituzione di **«nuove società»** e, considerato anche il chiaro tenore letterale della norma e del testo cui è inserita, deve escludersi che tale divieto possa estendersi alle altre modalità di gestione.
- ▶ Azienda speciale:
 - ▶ **Autonomia di tipo «imprenditoriale»**
 - ▶ **«Amministrazione parallela»**