

*Corso per le imprese pubbliche locali
nell'ambito dei conti pubblici territoriali
del Lazio*

Roma 11.12.18

Docente: Gianluca Formichetti

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- **L'ambito di applicazione**
- Il testo del decreto definisce quale sia l'oggetto delle previsioni normative emanate e quali siano le finalità perseguite.
- **Oggetto:** “la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta” (**art. 1, comma 1**).
- Comma 2, **finalità:** (a dire la verità non proprio rispettose di quello che diceva la legge delega che voleva armonizzare e semplificare):
 - l'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche;
 - la tutela della concorrenza;
 - la riduzione della spesa pubblica.
- Delusione degli interpreti: non solo non vi è una riscrittura complessiva delle norme del settore in questione - talvolta di difficile coordinamento l'una con l'altra - ma addirittura il legislatore delegato, dopo aver correttamente chiarito al comma 3, che “per quanto non derogato” ha valenza il contenuto del Codice Civile anche in riferimento alle società a partecipazione pubblica (cosa di cui nessuno dubitava), al comma 4 precisa che rimangono ferme:

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- “le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l’esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse;
 - le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni”.
- comma 5: regime tutto particolare - poi meglio chiarito dagli articoli successivi - per le società quotate in mercati regolamentati.
 - “Le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera p)”.
 - il decreto correttivo (D.Lgs. n. 100/2017) ha precisato che tale **eccezione riguarda non solo le società quotate, ma anche le “società da esse partecipate**, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche”.

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- **Le definizioni: art. 2**

- Detta definizioni uniche e valide “ai fini del presente decreto”.
- il Legislatore ci ha purtroppo abituato nell'ultimo decennio ad un continuo accumularsi ed accavallarsi di definizioni di tipologie di società (passando dalla semplice dicotomia fra società a capitale pubblico maggioritario o minoritario, al complesso e frastagliato panorama attuale).
- Altre fonti normative fanno riferimento al decreto qui in commento al fine di assumere, o definire, il proprio ambito di applicazione:
 - l'art. 1, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016
 - l'art. 2-*bis* del recentemente novellato D.Lgs. n. 33/2013.
 - Il D.Lgs. n. 39/2013

introducono definizioni di “enti di diritto privato in controllo pubblico” che vengono “doppiate” da quanto previsto nel presente decreto, senza che il legislatore si sia preso la briga di chiarire quale debba essere il rapporto le definizioni.

Ad ogni modo, si segnalano, in particolare, le seguenti :

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- **Le definizioni: art. 2** - “Controllo” e “società a controllo pubblico”
- La lett. b) dell’art. 2 definisce il controllo: per controllo si intende la situazione descritta nell’art. 2359 c.c.
- «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».
- la successiva lett. m) detta la seguente definizione di “società in controllo pubblico”: “le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)”.

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- **Le definizioni: art. 2** - “Controllo” e “società a controllo pubblico”
- il tema della definizione di società in controllo pubblico era particolarmente urgente, posto che l'art. 2, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 39/2013 prevede la seguente (ed assai ambigua) definizione: “per «enti di diritto privato in controllo pubblico», le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi”.
- Il legislatore delegato non ha seguito la definizione scelta nel 2013, né ha chiarito se quella oggi dettata la superi o meno
- La scelta qui seguita - ed in qualche modo anticipata dalla definizione dell'ambito di applicazione del D.Lgs. n. 33/2013 (coevo, sebbene diverso, al D.Lgs. n. 39/2013) - è quella di ancorare drasticamente e univocamente la nozione di controllo a quella del **controllo civilistico** di cui all'art. 2359 c.c. (mentre, come visto, la definizione di “enti di diritto privato in controllo pubblico” aveva un aggancio anche ai meccanismi di nomina degli organi societari).
- ERGO - quanto meno ai fini del presente decreto - per “società a controllo pubblico” deve intendersi una società soggetta a controllo di cui all'art. 2359 c.c.
- Lascia perplessi il tema del “controllo pubblico congiunto”. Il legislatore delegato utilizza uno schema concettuale peculiare, affermando che il controllo di cui all'art. 2359 c.c. sussiste 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»
- Come leggerla?. La norma, nel richiedere “l'unanimità dei soggetti che esercitano il controllo” si scorda di dire, prima, quale sia la situazione in cui più soggetti esercitano congiuntamente un controllo (cosa che invece le successive definizioni dettano solo per il “controllo analogo congiunto”).

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- **Le definizioni: art. 2** - “Controllo” e “società a controllo pubblico”
- Possibile interpretazione : IL CONTROLLO PUBBLICO CONGIUNTO si ha quando, sulla base di un patto - o di una norma - che conduce ad un controllo civilistico congiunto, lo stesso patto - o norma - imponga l'unanimità di tutti i contraenti per l'assunzione delle principali decisioni di ordine finanziario o gestionale strategiche.
- In realtà spostiamo avanti il problema: una definizione di cosa sia o meno strategico risulta difficile, per cui le zone grigie rimangono molte.
- Rimane invece incerto e non disciplinato il rapporto fra “controllo” della “società in controllo pubblico” con il “controllo analogo” delle società in house.

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- **Le definizioni: art. 2 – «Controllo analogo» e «controllo analogo congiunto»**
- La definizione di “controllo analogo” ha a che fare con l’istituto dell’in house providing.
- Il legislatore delegato ha qui sintetizzato ai minimi termini la definizione di “controllo analogo”, che la giurisprudenza comunitaria e nazionale ha ampiamente affrontato e delineato nel corso degli ultimi quindici anni.
- La definizione sembra poco utile agli interpreti, così come poco utile è la conseguente definizione di “controllo analogo congiunto”, la quale peraltro rinvia alla definizione di cui all’art. 5, comma 5, D.Lgs. n. 50/2016 (che neppure essa, invero, brilla per chiarezza, prevedendo: “Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:
- a) “gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- **Le definizioni: art. 2 – «Controllo analogo» e «controllo analogo congiunto»**
- b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;
- c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti”.
- Manca un coordinamento fra le due definizioni di “società in controllo pubblico” e società sottoposto a “controllo analogo”.
- Non solo: la definizione di controllo analogo congiunto prevista dal D.Lgs. n. 50/2016 è di fatto una specie di intreccio della definizione di “enti di diritto privato in controllo pubblico” di cui al D.Lgs. n. 39/2013 e di “società a controllo pubblico” per l'ipotesi di controllo congiunto. **[praticamente, la settimana enigmistica]**
- Con il primo decreto correttivo il legislatore ha, tuttavia, integrato l'originaria definizione di società in house (art. 2 lett. o), precisando adesso che sono da considerarsi in house quelle società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto e nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'art. 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'art. 16, comma 3, (norma anch'essa modificata in sede di correttivo).

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- **Le definizioni: art. 2 – “Partecipazione”, “Partecipazione indiretta” e “società a partecipazione pubblica”**
- Un grosso tema è quello delle tre definizioni qui in esame, in quanto gran parte della delimitazione dell'ambito di applicazione del decreto si gioca su di loro.
- La definizione di “partecipazione”. E' “la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi”.
- La definizione di “partecipazione indiretta” (soggetta ad una radicale ed ortopedica revisione durante l'iter di stesura delle varie redazioni del testo): “la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono-no diritti amministrativi”.
- La definizione di «partecipazione indiretta»: soltanto quel vincolo che sussiste fra una pubblica amministrazione e una società partecipata da una società che sia “in controllo pubblico” della pubblica amministrazione stessa.
- **Restano quindi ininfluenti, ai fini del presente decreto, le partecipazioni indirette che transitano attraverso società rispetto alle quali l'amministrazione non si pone in una situazione di controllo**

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- **Le definizioni: art. 2 – “Società quotate”**
- Sono società quotate le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati;
- Le società che hanno emesso, alla data del 31/12/2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati;
- Le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche.
- Anche in questo caso sembra giusto domandarsi se la definizione adottata sia veramente destinata ad avere effetti limitatamente “ai fini del presente decreto” o se, invece, come più ragionevolmente ci si sarebbe aspettati, anche in riferimento alle altre norme impositive di obblighi e divieti per le società a partecipazione pubblica.

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- **Le definizioni: art. 2 – Servizi di interesse generale**
- È da segnalare il tentativo di riformulare una nuova definizione attinente al fenomeno dei servizi pubblici locali, per il tramite delle locuzioni verbali emerse in sede di normazione comunitaria e oramai sempre più diffusa nell'ambito della normazione interna.
- La lett. h) prevede infatti la seguente definizione: “«servizi di interesse economico generale»: i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato”.

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- **Le partecipazioni ammesse (artt. 3-4)**
- Nei due articoli qui in esame viene ridefinito il tema della legittimità di assunzione - e mantenimento - di partecipazione di parte di una pubblica amministrazione.
- Intanto, l'art. 3 chiarisce quali siano le tipologie di società rispetto alle quali l'amministrazione può divenire socia: **società per azioni** e **società a responsabilità limitata** (ciò con la precisazione che è ammessa anche la partecipazione in società consortili).
- Al di là di tale previsione generale, rileva il successivo art. 4, così come integrato in sede di primo decreto correttivo, che intende fornire una esaustiva perimetrazione delle attività consentite quale oggetto sociale di una società a partecipazione pubblica.
- l'antecedente storico (e vigente fino all'abrogazione disposta proprio con il decreto qui commentato) delle disposizioni dettate dall'articolo era l'art. 3, comma 27 ss., L. n. 244/2007. Pare quindi opportuno, in via preliminare, soffermarsi sull'esame di tale disposizione e sulla quasi coeva previsione di cui all'art. 13, D.L. n. 223/2006 (Decreto Bersani): entrambe superate dal testo del nuovo decreto, ma entrambe fondamentali nella comprensione del suo contenuto.

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- Il “nuovo *in house*”
- L'*in house providing* ha subito una forte rivisitazione: non ad opera del Decreto qui commentato, ma ad opera (delle Direttive comunitarie, prima, e) del D.L.gs. n. 50/2016 (poi), il cui art. 5 ne definisce compiutamente i contorni.
- Nel far ciò viene previsto, fra le altre cose, che la società *in house* possa assumere servizi diversi rispetto a quelli affidati dagli enti che la controllano nella misura massima del 20% (dettando poi una specifica - ma non chiarissima - disciplina volta a determinare le modalità di computo di tale soglia).
- Alla vigilia dell'entrata in vigore del Decreto si assisteva dunque ad una bizzarra situazione: la compresenza di una norma (art. 13, D.L. n. 223/2006) che vietava alle società strumentali (e dunque alle società *in house*) di operare a favore di soggetti terzi, e una norma (art. 5, D.Lgs. n. 50/2016) che invece ne disciplinava compiutamente la possibilità.
- Anche sotto questo profilo, il Decreto ha quindi portato una riconciliazione in seno allo scenario normativo esistente.

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- **Il contenuto dell'art. 4 del Decreto**
- Riprende quanto già affermava l'art. 3, comma 27, L. n. 244/2007. Il comma 1 dispone infatti che: “Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.”
- A tale generale previsione segue poi una puntualizzazione contenuta nel comma 2, il quale prevede che, oltre a doversi rispettare il comma 1,

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- Una pubblica amministrazione può partecipare soltanto “in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:
 1. produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;
 2. progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016;
 3. realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2;
 4. autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;
 5. servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016”.
- I commi successivi dell'articolo introducono poi altre possibili ipotesi che rendono legittima la partecipazione societaria.

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- Nella stesura finale della disposizione è stato previsto, al comma 4, la possibilità per le società in house (pur non così chiamate) di cumulare assieme lo svolgimento delle attività di cui alle lett. a), b), d) ed e) del comma 2.
- Oltre a ciò viene chiarito che tali società operano in via prevalente come gli enti affidanti: cosa, questa, che dovrebbe rendere possibile ricomprendere nell'oggetto sociale esclusivo anche lo svolgimento di limitate attività a favore di terzi. Ed in effetti, il successivo art. 16, richiamato dall'art. 4, introduce una regolamentazione di tale aspetto allineando il contenuto del Decreto a quanto previsto all'art. 5, D.Lgs. n. 50/2016.
- Il primo decreto correttivo, integrando il comma 8 dell'articolo in commento, ha fatto salva inoltre la possibilità per le università di costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche.
- E' inoltre da notare come l'ultimo comma della disposizione faccia salva l'applicazione dell'art. 192, D.Lgs. n. 50/2016. Disposizione, questa, dai contenuti fortemente problematici sotto il profilo interpretativo, ma che comunque subordina la legittimità degli affidamenti in house alla presentazione da parte delle stazioni appaltanti della domanda di iscrizione ad un apposito registro tenuto da ANAC.

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- Con il primo decreto correttivo viene inoltre fatta salva, al nuovo comma 9-bis dell'art. 4, la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete, di cui all'art. 3-bis del D.L. 13/08/2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla L. 14/09/2011, n. 148, anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento, in deroga alle previsioni di cui al comma 2, lett. a), purché l'affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica.
- Per tali partecipazioni, trova piena applicazione l'art. 20, comma 2, lett. e).
- Resta comunque fermo quanto previsto dall'art. 16.

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- Sintetizzando, emerge quindi che:
- diversamente dal precedente art. 3, comma 27 cit., adesso il vincolo riguarda anche le partecipazioni indirette (e si ricordi che nelle definizioni il legislatore delegato ha chiarito cosa debba intendersi per “partecipazione indiretta”);
- il tema dell’oggetto sociale esclusivo per le società *in house* (precedentemente trattato dall’art. 13, D.L. n. 223/2016) viene risolto nel senso di rendere possibile lo svolgimento di tutte le attività di cui alle lett. a), b), d) ed e) del comma 2, oltre che di poter svolgere limitate attività a favore di terzi;
- il medesimo art. 4, nei commi successivi, prevede altre particolari ipotesi di “società partecipabili” (quasi tutte aggiunte nel corso dell’ultima stesura del testo normativo);
- rimane comunque ferma l’applicazione sugli affidamenti *in house* e sul relativo procedimento previsto dal D.Lgs. n. 50/2016 (artt. 5 e 192)

L'ambito di applicazione, le definizioni e le partecipazioni ammesse (Artt. 1-5)

- **Assunzione di partecipazione e “Oneri di motivazione analitica” (Art. 5)**
- La rubrica dell'art. 5 chiarisce l'intento del legislatore: il rafforzamento del generale onere di motivazione che incombe sulla P.A. nel momento in cui decida di assumere partecipazioni societarie.
- La disposizione, per come modificata dal primo decreto correttivo, dopo aver chiarito che tale maggiore onere motivazionale non è applicabile quando sia una norma specifica ad imporre l'assunzione di partecipazioni societarie, afferma che: “l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato”.
- Il comma 2, prevede poi che “L'atto deliberativo di cui al comma 1 dà atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate”.
- Al comma 3 viene invece previsto l'invio degli atti alla Corte dei Conti e all'AGCM (da notare come nelle stesure preliminari del progetto di testo unico, il controllo della Corte dei Conti fosse **condizione di efficacia** dell'atto stesso).
- Riguardo alla trasmissione degli atti alla AGCM è da notare che ciò avviene affinché essa possa esercitare i poteri di cui all'art. 21-bis [i.e. ricorso]

Assunzione, gestione e alienazione di partecipazioni (Artt. 6-10)

- E' un blocco di disposizioni che tratta, sotto vari aspetti, del rapporto fra amministrazione e società partecipata, prendendo in esame tanto il fenomeno originario dell'acquisto di partecipazione, quanto quello della alienazione.
- **Gestione delle partecipazioni (artt. 6 e 9)**
- L'art. 6 si applica alle sole società in controllo pubblico, mentre l'art. 9 si applica a tutte le partecipazioni societarie, ivi incluse le società quotate (v. comma 9).
- L'art. 6, poi, prevede, al comma 1, che qualora la società svolga sia attività in regime di monopolio o oligopolio legale, ed a fianco di tali attività svolga, contestualmente, anche altre attività in regime di libera concorrenza, essa debba adottare un sistema di separazione delle contabilità (il c.d. *unbundling* contabile) per le attività svolte nel settore sottratto alla concorrenza.
- I successivi commi prevedono poi, sempre per le società in controllo pubblico, ma a prescindere del campo di azione di tali società, la presenza di specifici programmi di **valutazione del rischio aziendale e devono decidere, pur in modo facoltativo, di dotarsi o meno di alcuni atti di autoregolamentazione** elencati dal comma 3, ossia:

Assunzione, gestione e alienazione di partecipazioni (Artt. 6-10)

- “regolamenti interni volti a garantire la conformità dell’attività della società alle norme di tutela della concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, nonché alle norme di tutela della proprietà industriale o intellettuale;
- un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell’impresa sociale, che collabora con l’organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all’organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l’efficienza della gestione;
- codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché’ altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell’attività della società;
- programmi di responsabilità sociale d’impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell’Unione europea”

Assunzione, gestione e alienazione di partecipazioni (Artt. 6-10)

- L'ultimo comma della disposizione, pur lasciando aperta la facoltà della società di non dotarsi di tali strumenti di autoregolamentazione, prevede tuttavia che “Qualora le società a controllo pubblico non integrino gli strumenti di governo societario con quelli di cui al comma 3, danno conto delle ragioni all'interno del-la relazione di cui al comma 4”.

Assunzione, gestione e alienazione di partecipazioni (Artt. 6-10)

- L'art. 9 mira principalmente ad **individuare i soggetti che all'interno dell'amministrazione socia debbano assumere la decisione quale socio**. In tal senso viene previsto, ai commi da 1 a 4, quale sia l'organo titolare del potere di assumere decisioni per l'ente socio.
- Il comma 5 detta una specifica previsione in tema di patti parasociali, chiarendo che essi debbano essere approvati con il medesimo procedimento (descritto all'art. 7) necessario alla decisione di assumere la partecipazione.
- Una previsione particolare è poi quella del comma 6: *“La violazione delle disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 e il contrasto con impegni assunti mediante patti parasociali non determinano l'invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata, ferma restando la possibilità che l'esercizio del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato”*.
- Norma oscura: da un lato si afferma che la violazione delle disposizioni citate “non determinano invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata”, ma allo stesso tempo si afferma che rimane ferma “la possibilità che l'esercizio del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato”.
- Anche il disposto dei successivi commi 7 non brilla per chiarezza.
- Infatti, dopo che il comma 7 ha chiarito che “Qualora lo statuto della società partecipata preveda, ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile, la facoltà del socio pubblico di nominare o revocare direttamente uno o più componenti di organi interni della società, i relativi atti sono efficaci dalla data di ricevimento, da parte della società, della comunicazione dell'atto di nomina o di revoca”, il comma 8 afferma che “Nei casi di cui al comma 7, la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo interno di nomina o di revoca rileva come causa di invalidità dell'atto di nomina o di revoca anche nei confronti della società”.
- Qui l'intento del legislatore pare però chiaro, in quanto nell'affermare che l'invalidità della nomina è opponibile anche alla società esso indubitabilmente mira a sancire l'invalidità degli atti così assunti.

Assunzione, gestione e alienazione di partecipazioni (Artt. 6-10)

- Due ultime considerazioni in relazione all'art. 9:
- il fatto che il comma 10 espressamente sancisca la sopravvivenza di quanto previsto dal D.L. n. 21/2012 (“Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell’energia”), il quale prevede in regime particolare e particolari poteri del socio pubblico per le società ivi contemplate;
- la circostanza che, in forza del comma 9, l’intero articolo sia applicabile, come già accennato anche in precedenza, alle società quotate.

Assunzione, gestione e alienazione di partecipazioni (Artt. 6-10)

- **L'acquisto di partecipazioni**
- L'art. 8 è tutto dedicato all'**acquisto di partecipazioni in società già costituite**. Il comma 1 di tale disposizione chiarisce che il procedimento imposto dall'art. 7, commi 1 e 2 per la costituzione di nuove società si applica anche alle operazioni che comportano comportino l'acquisto da parte di un'amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti, ed a ciò il comma 2 aggiunge che: "L'eventuale mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'acquisto della partecipazione rende inefficace il contratto di acquisto della partecipazione medesima". [???]
- Da notare che **l'intero articolo è applicabile anche all'acquisto di azioni in società quotate**.

Assunzione, gestione e alienazione di partecipazioni (Artt. 6-10)

- **L'alienazione delle partecipazioni**
- Il legislatore delegato si è infine occupato anche della tematica della dismissione delle partecipazioni, dettando una serie di disposizioni miranti a regolarne l'iter procedimentale.
- Intanto, anche in questo caso, viene richiamato il disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 7. Oltre a ciò viene affermato che **la cessione delle partecipazioni a favore di terzi debba avvenire “nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione”**. Tuttavia, la medesima disposizione prosegue precisando che “In casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente”.
- Due ulteriori prescrizioni contenute nell'art. 10 sono degne di essere sottolineate.
- In primo luogo, l'ultimo periodo del comma 2, il quale, sanando una certa ambiguità presente nella giurisprudenza e nella dottrina, ha chiarito che qualora una amministrazione alieni la propria partecipazione societaria *“È fatto salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto”* a favore degli altri soci.
- In altri termini, viene definitivamente sancito che lo svolgimento di una procedura comparativa per la cessione di quote non elide la sussistenza di eventuali diritti di prelazione degli altri soci.
- In secondo luogo, è da notare come il comma 3 preveda che *“La mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'alienazione della partecipazione rende inefficace l'atto di alienazione della partecipazione”*. Disposizione, questa, che pur apparentemente chiara nel suo contenuto, sembra aprire a criticità sul piano processuale in ordine all'individuazione del riparto di giurisdizione fra giudice amministrativo e giudice ordinario.

La gestione della società (Artt. 11-15)

- Questo blocco di articoli tratta di aspetti inerenti la vita della società partecipate.
- In particolare, del rapporto fra società e socio pubblico sotto il profilo delle regole di individuazione degli organi amministrativi (art. 11), del rapporto fra responsabilità civile ed erariale (art. 12), di particolari diritti del socio pubblico (art. 13) e della sottoposizione della società pubblica alle regole generali sul fallimento (14).
- **La nomina dell'organo amministrativo**
- L'art. 11 prevede una serie di disposizioni inerenti il rapporto fra socio pubblico e organo amministrativo nelle società a controllo pubblico.
- In particolare, viene innanzitutto sancita - per le sole società a controllo pubblico - che un futuro decreto ministeriale, previa intesa in sede di conferenza unificata, detterà specifici criteri di onorabilità, professionalità e autonomia che gli amministratori di società dovranno possedere. Requisiti, questi, che comunque andranno **ad aggiungersi a quelli previsti dal D.Lgs. n. 39/2013, il quale rimane comunque in vigore.**
- La disposizione, riprendendo quanto in precedenza disciplinato dal D.L. n. 95/2012, detta poi una serie di norme relative al numero e all'attribuzione dei consiglieri di amministrazione, prevedendo, in linea generale dei limiti al numero e ai compensi degli amministratori (oltre che il rispetto della parità di genere) demandano molti aspetti concreti a futuri decreti ministeriali.

La gestione della società (Artt. 11-15)

- Una modifica importante apportata dal primo decreto correttivo in tema di organo amministrativo concerne la possibilità (originariamente non prevista dal testo unico) che siano le stesse società a controllo pubblico a decidere, previa adeguata motivazione e tenuto conto delle esigenze di contenimento dei costi, che al posto dell'amministratore unico vi sia un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri.

La gestione della società (Artt. 11-15)

- Il nuovo comma 3 dell'art. 11, prevede, infatti, che “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”.
- Da notare poi come il comma 9 preveda specifiche clausole che gli statuti delle società a controllo pubblico dovranno necessariamente contenere.

La gestione della società (Artt. 11-15)

- In particolare, gli statuti dovranno prevedere:
- a) “l’attribuzione da parte del consiglio di amministrazione di deleghe di gestione a un solo amministratore, salva l’attribuzione di deleghe al presidente ove preventivamente autorizzata dall’assemblea;
- b) l’esclusione della carica di vicepresidente o la previsione che la carica stessa sia attribuita esclusivamente quale modalità di individuazione del sostituto del presidente in caso di assenza o impedimento, senza riconoscimento di compensi aggiuntivi;
- c) il divieto di corrispondere gettoni di presenza o premi di risultato deliberati dopo lo svolgimento dell’attività, e il divieto di corrispondere trattamenti di fine mandato, ai componenti degli organi sociali;
- d) il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società”.

La gestione della società (Artt. 11-15)

- **Altre disposizioni riguardano poi il rapporto fra società a controllo pubblico diretto e società a controllo pubblico indiretto:** in particolare, da un lato, il comma 8 disciplina l'ipotesi in cui un dipendente della società controllante sia amministratore della società controllata (prevedendosi la sostanziale gratuità dell'incarico per il dipendente) mentre il comma 11 tende ad escludere che l'amministratore della controllante possa cumulare tale carica con quella di amministratore della controllata, salvo tuttavia che "siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere continuativo ovvero che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante o di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento".
- Tutte le previsioni contenute nell'art. 11 sono immediatamente applicabili alle società a controllo pubblico, e tuttavia, in modo assai singolare, l'ultimo comma di tale articolo impone al socio pubblico di una società **non a controllo pubblico**, in cui la partecipazione sia superiore al 10% di proporre agli organi della società partecipata l'introduzione di alcune delle misure di cui all'art. 11 stesso. In altri termini, laddove un socio pubblico abbia una partecipazione societaria superiore al 10% vi è **una sorta di obbligo** dell'ente socio di utilizzare i propri diritti sociali per far assumere alla società una presa di posizione in ordine all'applicazione - facoltativa - di alcune disposizioni dettate per altre tipologie di società.

La gestione della società (Artt. 11-15)

- **La responsabilità per danno erariale**
- Un tema sentito relativo alla gestione delle partecipazioni pubbliche è quello del **rapporto fra responsabilità civile e responsabilità per danno erariale per i soggetti coinvolti nella gestione della società stessa.**
- Al riguardo, occorre ricordare che l'esito cui è giunta la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ben riassunta nella recente pronuncia n. 5848/2015 nella quale, dopo aver ribadito che gli amministratori di una società *in house*, a causa della natura stessa di questa tipologia di società, rispondono per danno erariale, aveva aperto una seconda questione.
- Nel particolare caso di danni cagionati ad una società *in house*, gli specifici argomenti che hanno condotto le Sezioni unite ad affermare la giurisdizione della Corte dei conti nelle azioni di responsabilità promosse nei confronti degli organi sociali responsabili di quei danni devono al tempo stesso portare, sul piano logico, ad escludere la possibilità di una (eventualmente concorrente) giurisdizione del giudice ordinario investito da un'azione sociale di responsabilità per i medesimi fatti?.
- In altri termini, Sezioni Unite ponevano il dubbio che il rapporto di alternatività fra le due azioni, nel caso di società *in house*, in realtà non sussista in quanto, da un punto di vista logico, o la società è realmente *in house*, e dunque essendo un'articolazione della P.A. priva di sostanziale autonomia non sarebbe sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, o la società non è qualificabile come *in house*, ed allora non vi sarebbe spazio per la giurisdizione della Corte dei conti.
- In tale occasione, le Sezioni Unite avevano però potuto smarcarsi dalla questione affermando che nel caso di specie una tale disamina era superflua, in quanto al momento dei fatti contestati la società in questione non era affatto qualificabile come società *in house*.

La gestione della società (Artt. 11-15)

- Il comma 1 dell'art. 12 prevede : «I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house».
- Di conseguenza, sebbene forse non in modo definitivo, la nuova disposizione normativa sembra recare elementi che spingono a **negare** che l'amministratore di una società in house possa rispondere, simultaneamente, per il danno erariale e per il danno arrecato al patrimonio della società.
- Allo stesso tempo, poi, il successivo comma 2 detta una chiara definizione di danno erariale a valere nella materia qui in esame, e sostanzialmente coincidente con la **depauperazione del valore della partecipazione societaria**.
- Ciò nel senso che amministratori della società partecipate e rappresentanti del socio che hanno concorso all'assunzione di decisioni negli organi sociali, rispondono per danno erariale (e la giurisdizione, ai sensi dell'ultimo periodo del comma 1, spetta alla Corte dei Conti) se il valore della partecipazione viene pregiudicato con colpa grave o dolo.

La gestione della società (Artt. 11-15)

- **La crisi della società partecipata**
- Fra le più significative novità introdotte dal testo unico vi è quella dell'art. 14, il quale, per come modificato dal primo decreto correttivo, si apre con una forte affermazione secondo cui “Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39”

La gestione della società (Artt. 11-15)

- Si tratta, in sostanza, della volontà di sottoporre anche le società partecipate al regime generale che l'ordinamento prevede per l'ipotesi di insolvenza di un soggetto imprenditoriale.
- Si superano così molti dubbi
- Da notare come il prosieguo della disposizione - oltre a prevede specifiche responsabilità correlate all'insorgere dello stato di crisi e alla mancata adozione di adeguati provvedimenti - detta anche una serie di regole inerenti **il divieto per l'ente socio di "rifinanziare" società in perdita, se non nella esclusiva ottica di dare attuazione ad un piano di risanamento già stabilito.**
- Infatti il comma 5, anch'esso in parte modificato dal primo decreto correttivo, prevede che *"Le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali"*.
- Il comma 6: in caso di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti **scatta per gli enti soci il divieto di costituire nuove società, partecipare ad altre società e continuare a detenere partecipazioni in società che gestiscano gli stessi servizi:** *"Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti di-retti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita"*.

La gestione della società (Artt. 11-15)

- **Il monitoraggio sulle società partecipate**
- L'art. 15 prevede che il Ministero dell'economia e delle finanze debba individuare una struttura competente per il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del decreto.
- Tale struttura, comunque indipendente dalle altre strutture ministeriali titolari dell'esercizio dei diritti sociali nell'ambito delle società partecipate, avrà il compito di fornire orientamenti e indicazioni in materia di applicazione del decreto, e promuove le migliori pratiche presso le società a partecipazione pubblica.
- A tal fine tale struttura curerà la tenuta di un elenco pubblico di tutte le società a partecipazione pubblica esistenti, utilizzando le informazioni della banca dati di cui all'art. 17, comma 4, D.L. 24/06/2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11/08/2014, n. 114

Società in house e società miste (Artt. 16-17)

- Le due disposizioni qui trattate rivestono un ruolo assolutamente centrale nella disciplina del fenomeno delle società partecipate. E, come si vedrà, esse hanno ruolo estremamente importante nell'andare ad integrare il contenuto del recente D.Lgs. n. 50/2016 (Codice degli appalti).

Società in house e società miste (Artt. 16-17)

- **Società in house nel “Nuovo” Codice.** Con l’entrata in vigore delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE la materia ha trovato una nuova fonte normativa. Il legislatore comunitario ha infatti voluto inserire in disposizioni di diritto positivo quello che era il portato della stratificazione giurisprudenziale emersa sul tema dell’in house providing.
- Il legislatore italiano, da parte sua, nel recepire le nuove direttive in materia di appalti pubblici, ha inserito anch’esso all’interno del D.Lgs. n. 50/2016 una specifica disciplina dell’istituto - ricalcando fedelmente quanto già stabilito dalle direttive comunitarie.
- Gli articoli del D.Lgs. n. 50/2016 dedicati all’in house providing sono due: l’art. 5 (che definisce le tipologie di in house providing possibili e ne precisa i requisiti) e l’art. 192 (il quale prevede l’istituzione di uno specifico registro a cura di ANAC nel quale debbano essere iscritte le stazioni appaltanti che si avvalgono di affidamento in house).
- l’art. 5 citato prevede adesso in modo espresso che possa darsi seguito ad affidamenti in house:
 - da parte di una amministrazione aggiudicatrice a favore di un soggetto da essa controllato;
 - da parte del soggetto controllato a favore dell’amministrazione che lo controlla;
 - da parte di una amministrazione aggiudicatrice a favore di un soggetto indirettamente controllato;
 - da parte del soggetto controllato a favore di un altro soggetto controllato dalla medesima amministrazione aggiudicatrice.

Società in house e società miste (Artt. 16-17)

- Viene inoltre sancito espressamente che il controllo può essere “condiviso” da più amministrazioni le quali controllino congiuntamente il medesimo soggetto affidatario.
- Per quanto riguarda i requisiti che debbano sussistere per aversi un corretto affidamento *in house* vengono ripetuti i tre “tradizionali” requisiti del capitale pubblico, dello svolgimento di attività prevalentemente per gli enti controllanti e del “control o analogo”. Tuttavia sussistono due importanti novità rispetto al passato, ossia che:
- è ammessa la partecipazione, sebbene in modo estremamente limitato, di capitali privati nella compagine societaria dell'affidatario;
- viene individuata nella soglia del 20% il volume massimo di attività che l'affidatario può svolgere a favore di soggetti terzi senza perdere la qualificazione di affidatario *in house*.

Società in house e società miste (Artt. 16-17)

- **L'*in house* nel Testo Unico sulle società partecipate**
- Il legislatore delegato è intervenuto sul tema delle società in house in modo da rendere poco chiaro il quadro complessivo.
- Con il primo decreto correttivo è intervenuto sulla definizione di definizione di società in house contenuta nella lett. o) dell'art. 2, che nella originaria versione del testo unico faceva riferimento esclusivamente al requisito del controllo analogo, quando, notoriamente, (oltre alla forma giuridica societaria) la disciplina comunitaria e nazionale **ha sempre richiesto** (e l'art. 5 del Codice degli appalti continua a richiedere) **anche il requisito dello svolgimento di attività in modo prevalente per i soci.**
- Il primo decreto correttivo al fine di colmare l'originaria, stringata definizione ha, invece, precisato che le società in house sono quelle sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'art. 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'art. 16, comma 3.

Società in house e società miste (Artt. 16-17)

- **L'*in house* nel Testo Unico sulle società partecipate**
- Parimenti, in sede di primo decreto correttivo è stato modificato il comma 3 dell'art. 16 che prevede espressamente che “Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che 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”.
- Al fine di recepire anche i più recenti orientamenti giurisprudenziali, è stato poi anche introdotto dal primo decreto correttivo il comma 3-bis, ove si specifica che: “La produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è *consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell’attività principale della società*”.
- Di più: il successivo comma 5 prevede anche che qualora non sia rispettato il limite quantitativo di cui al comma 3 “la società può sanare l’irregolarità se, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, rinunci a una parte dei rapporti con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell’ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti. In quest’ultimo caso le attività precedentemente affidate alla società controllata devono essere riaffidate, dall’ente o dagli enti pubblici soci, mediante procedure competitive regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale. Nelle more dello svolgimento delle procedure di gara i beni o servizi continueranno ad essere forniti dalla stessa società controllata”.

Società in house e società miste (Artt. 16-17)

- **L' *in house* nel Testo Unico sulle società partecipate**
- Il comma 6, poi, prevede (non senza introdurre fortissimi elementi di criticità nella prassi applicativa della disposizione) che qualora vengano meno gli affidamenti diretti a favore della società *in house* in forza del superamento del limite quantitativo di cui al comma 1, “perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo”.
- **NB: Sembra dunque inevitabile concludere che per aversi una società *in house* propriamente detta, lo svolgimento di attività in modo prevalente a favore dei soci sia un elemento imprescindibile.**
- Il tema che però desta maggiori problematicità interpretative riguarda una lieve (ma forse rilevantissima) modifica lessicale contenuta nel comma 1 dell'art. 16 in esame rispetto al comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016.
- Infatti, nel decreto qui in esame, laddove viene disciplinata la possibilità di partecipazione di capitale privato nelle società in house, aderendo all'esatta traduzione delle direttive comunitarie, viene così affermato: **“Le società in house ricevono affidamenti diretti ... solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata”**.

Società in house e società miste (Artt. 16-17)

- **L' *in house* nel Testo Unico sulle società partecipate**
- Il testo dell'art. 5, D.Lgs. n. 50/2016 citato prevede invece che **non** vi debba essere “alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.
- È indubbio che vi è una grande differenza fra i due termini utilizzati, in quanto il “prevedere” sembra essere una locuzione molto meno impegnativa rispetto a quella del “prescrivere”.
- Spetterà dunque agli operatori di settore, e in ultimo alla giurisprudenza, comprendere in quale misura l'ordinamento italiano consenta davvero alla partecipazione di capitale privato nelle società in house.
- La disposizione di chiusura è, invece, chiara: le società in house sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al D.Lgs. n. 50/2016.

Società in house e società miste (Artt. 16-17)

- **Le società miste**
- Di centrale importanza è poi il lungo articolo dedicato al tema delle società miste, anch'esso modificato in parte dal primo decreto correttivo. Società mista che, è bene notare fin dal principio, trova una sua specifica disciplina pur senza essere menzionata fra le “definizioni” come una categoria degna di ottenere una specifica menzione in tale sede.
- Ma al di là di ciò, occorre senz'altro soffermarsi su due forti elementi.
- Il primo riguarda il fatto che il legislatore delegato sembrerebbe essersi allineato in modo completo alla circostanza che la scelta del socio privato debba avvenire tramite procedura di gara. Cosa scontata, questa, ma che a ben vedere non è poi così “blindata” nel testo dell'articolo in commento.
- Ed infatti, innanzitutto non si comprende se la disciplina dettata per la società mista debba valere soltanto per le ipotesi in cui vi sia una partecipazione diretta di una pubblica amministrazione, o se invece essa valga anche qualora vi sia una partecipazione di:
 - una società a controllo pubblico;
 - una società partecipata da una pubblica amministrazione;
 - oppure anche da una società indirettamente partecipata da una pubblica amministrazione.

Società in house e società miste (Artt. 16-17)

- **Le società miste**
- Inoltre, è da notare che dal tenore letterale dell'articolo non emerge un contenuto precettivo valido per ogni tipologia di società mista.
- il comma 1, per come modificato dal primo decreto correttivo, prevede che “Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata, la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista”.
- Rispetto alla definizione originariamente contenuta nel testo unico che rinviava alla società costituite per le finalità di cui all'art. 4, comma 2, lett. c), ovvero quelle per la “realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del D.Lgs. n. 50/2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2”. il nuovo comma 1 dell'art. 17 cerca di dare una definizione generale di partenariato pubblico-privato valevole per ogni forma di società mista.

Società in house e società miste (Artt. 16-17)

- **Le società miste**
- La disposizione prosegue poi concentrandosi su un aspetto invero ormai consolidato della materia: ossia sul fatto che **il privato debba essere scelto con una gara c.d. “a doppio oggetto”** e, dunque, debba essere in possesso dei requisiti necessari per l’esecuzione del servizio affidato (assieme alla posizione di socio).
- Altro aspetto che va a disciplinare un principio ormai consolidato è quello della **durata della partecipazione alla società**. Al riguardo il comma 3 testualmente dispone che “La durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell’appalto o della concessione. Lo statuto prevede meccanismi idonei a de-terminare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio”.

Società in house e società miste (Artt. 16-17)

- **Le società miste**
- Sotto il profilo civilistico, vengono poi introdotte delle possibili deroghe alla disciplina codicistica, inerenti:
 - la possibilità di introdurre strumenti volti a consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa;
 - la possibilità di attribuire sia agli enti pubblici partecipanti che ai soci privati;
 - la possibilità di prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato; e soprattutto;
 - la previsione che i patti parasociali possono avere durata superiore a cinque anni, purché si mantengano entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita.

L'articolo in commento si chiude poi con una norma assai rilevante in materia di applicazione del Codice degli appalti.

Società in house e società miste (Artt. 16-17)

- **Le società miste**
- Infatti, dando seguito al richiamo al testo unico sulle società partecipate contenuto nell'art. 1, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016, viene previsto che “Alle società di cui al presente articolo che non siano organismi di diritto pubblico, 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 D.Lgs. n. 50/2016, se ricorrono le seguenti condizioni:
 - la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;
 - il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50/2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;
 - la società provvede in via diretta alla realizzazione dell’opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo”.
- In altri termini, al ricorrere di tutte le condizioni sancite dal trascritto comma 6, la società mista è completamente esonerata dal rispetto delle norme sulla contrattualistica pubblica. Sempre che, tuttavia, tale società mista non sia qualifica-bile come organismo di diritto pubblico.

Società in house e società miste (Artt. 16-17)

- **Le società miste**
- Sempre in tema di società miste è da segnalarsi che l'art. 26, comma 1, del testo unico, per come modificato dal primo decreto correttivo, che così recita: “Le società a controllo pubblico già costituite all'atto dell'entrata in vigore del presente decreto adeguano i propri statuti alle disposizioni del presente decreto entro il 31/07/2017. Per le disposizioni dell'articolo 17, comma 1, il termine per l'adeguamento è fissato al 31/12/2017”.
- Ai sensi dell'art. 2, lett. m), D.Lgs. n. 175/2016 per società a controllo pubblico devono intendersi “le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)” ovvero “la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. 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”.
- Pertanto, **tutte le società a controllo pubblico già costituite alla data del 23/06/2016, sono tenute ad adeguare il proprio statuto alle disposizioni contenute nel testo unico.**

Società in house e società miste (Artt. 16-17)

- **Le società miste**
- Per quanto riguarda le altre società miste non soggette però al controllo pubblico, ma rientranti comunque ad esempio nella definizione di “società a partecipazione pubblica”, in quanto “partecipata diretta-mente da amministrazioni pubbliche” (art. 2, lett. n), si pone il problema di stabilire se anche le predette società siano o meno tenute ad adeguare il proprio sta-tuto alle disposizioni contenute nel testo unico. Sotto tale profilo, il dubbio non chiarito neppure con il primo decreto correttivo concerne se la previsione di cui all’ultima parte del comma 1 dell’art. 26 (“Per le disposizioni dell’articolo 17, comma 1, il termine per l’adeguamento è fissato al 31/12/2017”), debba in realtà intendersi riferito al comma 3 dell’art. 17 e non al comma 1 come testualmente previsto.
- Infatti, mentre l’art. 17 al comma 1 si concentra sulla modalità di costituzione della società pubblica e sulla modalità di selezione del socio privato, ribadendo la necessità della gara a doppio oggetto, il comma 3 prevede che “la durata del-la partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell’appalto o della concessione. Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio”.
- Da qui il dubbio se il legislatore all’art. 26 intendesse o meno stabilire anche per le società miste già costituite alla data di entrata in vigore del testo unico, ma non soggette al controllo pubblico, l’obbligo di rispettare le previsioni dettate all’art. 17.

Quotazione delle società a controllo pubblico nei mercati regolamentati (Art. 18)

- La norma in commento introduce la possibilità per le società a controllo pubblico di quotazione nei mercati regolamentati.
- L'atto deliberativo deve prevedere uno specifico programma avente ad oggetto il mantenimento o la progressiva dismissione del controllo pubblico sulla società quotata.
- All'ultimo comma si prevede inoltre la possibilità di quotazione in mercati regolamentati anche di società a partecipazione pubblica.

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- Il blocco di norme in commento reca alcune disposizioni in tema di gestione del personale, agli artt. 19 e 25, di procedimento di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche artt. 20 e 24 e di disposizioni finanziarie e di trasparenza artt. 21 e 22.

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- **La gestione del personale**
- L'art. 19 disciplina i rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico. La norma pare quindi applicarsi alle sole “società a controllo pubblico”, ovvero le società definite all'art. 2, lett. m), del testo unico esame. Sono, pertanto, da escludersi dall'ambito di applicazione dell'articolo in esame tutte le altre società, disciplinate dal decreto in esame, non soggette “al controllo pubblico”, quali, ad esempio, le sole società partecipate da più amministrazioni pubbliche ma non anche soggetto al controllo pubblico.
- Sono, inoltre, escluse dall'ambito di applicazione della norma in commento le società miste di cui all'art. 17 che producono servizi di interesse generale e che negli ultimi tre esercizi abbiano prodotto un risultato positivo.

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- **La gestione del personale**

- La norma in commento stabilisce quindi che alle società soggette al controllo pubblico si applicano le disposizioni del Codice Civile e le norme previste dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato, con conseguente giurisdizione, in caso di controversia sul rapporto di lavoro, del giudice ordinario.
- Particolare attenzione viene poi posta alle norme sul reclutamento del personale, stabilendo, come criterio generale, che ciascuna singola società a controllo pubblico stabilisca con proprio provvedimento - da pubblicarsi sul sito istituzionale della società stessa al fine anche di assicurare il massimo livello di trasparenza, previsto dal successivo art. 22 - criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e ai principi di cui all'art. 35, comma 3, D.Lgs. n. 165/2001 e s.m.i., ovvero:
 - “adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione;
 - adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;
 - rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- **La gestione del personale**

- decentramento delle procedure di reclutamento;
- composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali”.

In accoglimento dell'osservazione posta dal Consiglio di stato, è stato poi precisato che in caso di mancata adozione del provvedimento atto a disciplinare le modalità di reclutamento del personale trovano diretta applicazione i principi di cui all'art. 35, comma 3, sopra citato.

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- **La gestione del personale**

- L'art. 19 chiarisce poi che le amministrazioni pubbliche socie debbano fissare con propri provvedimenti obiettivi specifici, annuali e pluriennali, per tutte le spese di funzionamento delle società controllate, ivi comprese quelle per il personale. Il primo decreto correttivo ha chiarito che suddetti obiettivi dovranno essere fissati anche tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera. Detti obiettivi, stabiliti dalle amministrazioni pubbliche, dovranno poi essere garantiti dalle società a controllo pubblico tramite propri atti di recepimento. Sempre al fine di garantire la massima trasparenza, sia gli atti adottati dalle amministrazioni pubbliche socie che quelli di recepimento delle società a controllo pubblico dovranno essere poi pubblicati sui rispettivi siti internet.
- Infine, la disposizione in esame prevede uno specifico meccanismo di gestione dei processi di mobilità del personale, stabilendo che le pubbliche amministrazioni socie, prima di procedere a nuove assunzioni, in caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati, procedono al riassorbimento del personale già dipendente a tempo indeterminato dell'amministrazione e transitate alle dipendenze delle società interessate.

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- **La gestione del personale**

- Per quanto attiene alla spesa per il riassorbimento del personale, il legislatore con il primo decreto correttivo ha precisato che: “La spesa per il riassorbimento del personale già in precedenza dipendente dalle stesse amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo indeterminato non rileva nell’ambito delle facoltà assunzionali disponibili e, per gli enti territoriali, anche del parametro di cui all’articolo 1, comma 557-*quater*, della legge n. 296/2006, a condizione che venga fornita dimostrazione, certificata dal parere dell’organo di revisione economico-finanziaria, che le esternalizzazioni siano state effettuate nel rispetto degli adempimenti previsti dall’articolo 6-*bis* del D.Lgs. 30/03/2001, n. 165, e, in particolare, a condizione che:
 - in corrispondenza del trasferimento alla società della funzione sia stato trasferito anche il personale corrispondente alla funzione medesima, con le correlate risorse stipendiali;
 - la dotazione organica dell’ente sia stata corrispondentemente ridotta e tale contingente di personale non sia stato sostituito;
 - siano state adottate le necessarie misure di riduzione dei fondi destinati alla contrattazione integrativa;
 - l’aggregato di spesa complessiva del personale soggetto ai vincoli di contenimento sia stato ridotto in misura corrispondente alla spesa del personale trasferito alla società”.

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- **La gestione del personale**
- Sempre al fine di garantire continuità nel rapporto di lavoro, anche l'art. 24, comma 9, stabilisce che, in occasione della prima gara successiva alla cessazione dell'affidamento in favore della società a controllo pubblico interessata da processi di revisione straordinaria, il rapporto di lavoro del personale impiegato nell'appalto o nella concessione ai sensi dell'art. 2112 c.c. continua il soggetto subentrante.
- La disciplina transitoria in tema di personale delle società a controllo pubblico è invece individuata dall'art. 25 del testo unico in commento, modificata dal primo decreto correttivo, che stabilisce che entro il 30/09/2017, ogni società a controllo pubblico debba effettuare una ricognizione del personale, per individuare eventuale personale in eccedenza.
- Detto atto ricognitivo avrebbe dovuto essere trasmesso alle regioni territorialmente competenti, chiamate a formare e gestire l'elenco dei lavoratori dichiarati eccedenti, secondo le modalità stabilite da un decreto di attuazione che dovrà essere emanato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- **La gestione del personale**
- **E' stato poi introdotto fino al 30/06/2018 un blocco delle nuove assunzioni nelle società a controllo pubblico, che fino a tale periodo, potranno attingere personale solo dagli elenchi regionali.** Con il primo decreto correttivo si è tuttavia precisato che il predetto divieto decorre dalla data di emanazione del decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di cui all'art. 25, comma 1.
- In via eccezionali, solo per i c.d. **profili "infungibili"**, ovvero in possesso di specifiche competenze, le Regioni, ove si tratti di profili non inseriti negli elenchi, possono autorizzare l'avvio delle procedure di assunzione.
- Eventuali rapporti di lavoro stipulati in violazione delle norme di cui sopra sono nulli.

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- **Il procedimento di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche**
- Gli artt. 20 e 24 disciplinano invece il procedimento di razionalizzazione e revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche.
- L'art. 20 in particolare prevede un meccanismo di verifica e monitoraggio dell'assetto complessivo delle società in cui le amministrazioni pubbliche detengono partecipazioni dirette e indirette, predisponendo anche un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione.
- Si tratta quindi di un **meccanismo che si applica a tutte le società partecipate**, anche indirettamente, da pubbliche amministrazioni e non solo da quelle soggette al controllo pubblico.
- NB: Il piano deve essere adottato entro il 31 dicembre di ogni anno e deve essere aggiornato annualmente.

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- **Il procedimento di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche**
- I piani di razionalizzazione devono essere corredati da un'apposita relazione tecnica, con specifica indicazione delle modalità e dei tempi di attuazione e devono essere adottati ove le amministrazioni pubbliche rilevino “partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all’articolo 4; società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiori quello dei dipendenti; partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali; partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano con-seguito un fatturato medio superiore a un milione di euro; partecipazioni diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d’interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti; necessità di contenimento dei costi di funzionamento; necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all’articolo 4”.
- **I predetti piani devono essere resi disponibili alla struttura di cui all’art. 15, nonché alla sezione di controllo della Corte dei Conti competente.**

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- **Il procedimento di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche**
- NB: In virtù di operazioni straordinarie, i piani possono prevedere anche la dismissione o l'assegnazione delle partecipazioni societarie acquisite anche per espressa previsione normativa. I relativi atti di scioglimento della società o di alienazione delle partecipazioni sociali sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e sono comunque compiuti anche in deroga alla previsione normativa originaria in base alla quale la società era stata costituita o la partecipazione acquisita.
- In caso di mancata adozione dei piani di razionalizzazione è infine previsto uno specifico meccanismo sanzionatorio pecuniario, da applicarsi a tutte le società partecipate.

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- **Il procedimento di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche**
- L'art. 24, nell'ottica di ridurre le partecipazioni pubbliche, introduce una previsione di carattere generale stabilendo che ove alla data del 23/09/2016 (ovvero di entrata in vigore del testo unico), le partecipazioni detenute direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche non siano riconducibili ad alcuna categoria prevista dal testo unico (art. 4, commi 1, 2, 3) ovvero non soddisfino i requisiti per il mantenimento o l'acquisizione di partecipazioni di cui all'art. 5, commi 1 e 2, devono essere alienate.
- A tale fine entro il 30/09/2017, ciascuna amministrazione avrebbe dovuto effettuare, con provvedimento motivato, la ricognizione di tutte le partecipazioni detenute individuando quelle che devono essere alienate e quelle che possono essere oggetto di operazioni straordinarie.
- Anche tale atto, al pari del piano di razionalizzazione deve essere reso disponibile alla struttura di cui all'art. 15, nonché inviato alla sezione di controllo della Corte dei Conti competente.

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- **L'alienazione delle partecipazioni deve avvenire entro un anno dalla data di conclusione del procedimento di ricognizione.**
- Conseguentemente, in base alla norma in esame, ogni pubblica amministrazione entro il 30/09/2017 avrebbe dovuto effettuare una ricognizione delle proprie partecipazioni esistenti alla data del 23/09/2016 e provvedere alla loro eventuale alienazione entro il 30/09/2017.
- In caso di **mancato rispetto dell'adozione dell'atto ricognitivo o di mancata alienazione entro il termine suddetto**, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la medesima è liquidata in denaro seguendo il procedimento di cui all'art. 2437-*quater* c.c.

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- **Norme finanziarie e di trasparenza**
- L'art. 21 reca una serie di prescrizioni finanziarie sulle società partecipate da enti locali, disciplinando in particolare gli **effetti dell'eventuale risultato negativo di esercizio** con conseguente obbligo di accantonamento per le amministrazioni pubbliche partecipanti e misure di riduzione dei compensi in capo agli amministratori.
- Si tratta di disposizioni che sostanzialmente riproducono, seppur con alcune diversità, l'art. 1, commi 551, 552 e 554, L. n. 147/2013 che si applicano tuttavia al-le aziende speciali e alle istituzioni partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'art. 1, comma 3, L. n. 196/2009.
- Da segnalarsi che in sede di primo decreto correttivo, è stata aggiunta dal legislatore, al comma 3-*bis*, anche la possibilità per le pubbliche amministrazioni locali partecipanti di procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipata con le somme accantonate ai sensi del comma 1, nei limiti della loro quota di partecipazione e nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato.

Gestione del personale, procedimento di razionalizzazione e norme finanziarie e di trasparenza (Artt. 19-25)

- **Norme finanziarie e di trasparenza**
- Infine, in tema di **trasparenza** l'art. 22 prevede che le società in controllo pubblico assicurino il livello di trasparenza sull'uso delle proprie risorse e sui risultati ottenuti secondo le previsioni di cui al D.Lgs. n. 33/2013, il quale già prevede delle norme di trasparenza da applicarsi alle società partecipate (si vedano esempio gli obblighi di pubblicità di cui all'art. 22, D.Lgs. n. 33/2013).
- Infine, l'art. 23 prevede l'**applicazione del testo unico alle Regioni a statuto speciale e alle province autonome, compatibilmente comunque con i propri statuti e le relative norme di attuazione.**

