

**Relazione illustrativa alle modifiche statutarie  
in occasione dell'entrata in vigore del Testo Unico in materia di  
società a partecipazione pubblica**

## Indice

1. Premessa
2. Distinzione secondo gli assetti giurisprudenziali fra società strumentale e società che svolge servizi di interesse generale
  - 2.1 la progressiva riduzione delle differenze tra servizi strumentali e quelli di servizio pubblico;
  - 2.2 la distinzione conclusiva basata sulla natura delle società e non sul servizio esercitato.
3. Il nuovo Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica:
  - 3.1 l'inquadramento generale della disciplina delle società a partecipazione pubblica;
  - 3.2 la disposizione normativa in tema di legittima detenibilità in partecipazioni di società di capitali da parte degli enti locali;
  - 3.3 l'abrogazione dell'art. 13 del Bersani, l'interpretazione dell'art. 8 comma 2bis della legge 287/1990 ed il ritorno delle multi utilities;
  - 3.4 nuova disciplina per la individuazione dell'attività non prevalente e residuale nelle società in house;
  - 3.5 le società della gestione del patrimonio avente scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato;
  - 3.6 la detenzione di partecipazione in società di secondo livello.
  - 3.7 Nozione di Società a controllo pubblico ai sensi del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al Dl.gs n. 175 del 23/09/2016.
  - 3.8 Modifiche Statutarie

## **Premessa**

Il presente lavoro rappresenta alcune considerazioni istruttorie circa i vincoli e le opportunità che offre il nuovo Testo Unico in materia di società partecipate in occasione delle modifiche statutarie previste dallo stesso compendio normativo.

Con l'introduzione del D.lgs 175 del 19 agosto 2016 pubblicato sulla G.U. del 23/09/2016, ( di seguito anche "TU") sono state previste alcune modifiche in ordine alle regole di governance delle società a partecipazione pubblica e, segnatamente, di quelle a controllo pubblico. Va rilevato che il Legislatore nell'articolazione delle varie scadenze per ottemperare alle disposizioni del Testo Unico ha utilizzato in alcuni casi termini mobili ed in altri casi termini fissi. Per quanto interessa in questa sede si deve osservare che per le modifiche statutarie riguardanti le società a controllo pubblico è rimasto il termine fisso del 31/12/2016, mentre per la predisposizione del piano di razionalizzazione straordinario è stato invece previsto il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore del Decreto e quindi si è verificata l'anomalia di dover prendere in considerazione modifiche di statuto prima di avere le risultanze di detto piano di razionalizzazione che è volto a dare un definitivo inquadramento delle società a cui l'ente pubblico partecipa.

Risulta quindi, indispensabile qualificare le società a controllo pubblico secondo i criteri forniti dal TU e di conseguenza, definire preventivamente le società oggetto di modifiche statuarie che la legge indicherebbe andrebbero adottato entro fine anno.

A tale riguardo occorre quindi declinare la nozione di società a controllo pubblico.

### **1. Distinzione secondo gli assetti giurisprudenziali fra società strumentale e società che svolge servizi di interesse generale**

La distinzione che si venuta a creare fra società a partecipazione pubblica che svolgono servizio di interesse generale (ovvero in parte anche qualificabili come servizi pubblici locali) e le società strumentali rispondeva all'esigenza di individuare due discipline distinte e che nel tempo hanno subito importanti evoluzioni interpretative.

Si deve prendere atto che l'evoluzione interpretativa ha spostato il baricentro dell'indagine: inizialmente si faceva riferimento alla distinzione fra servizio pubblico (o di interesse generale) e servizi strumentali per giungere a invece, in questi ultimi anni, a fondare la distinzione fra società di servizi di interesse generale e società strumentali abbandonando l'analisi ontologica del singolo servizio svolto dalla società.

### ***1.1 La progressiva riduzione delle differenze tra servizi strumentali e quelli di servizio pubblico***

Secondo il Tar Toscana sez I n. 1430 dell'8.9.2009 gli enti locali possono detenere partecipazioni in società il cui oggetto sociale sia riferito:

1) all'espletamento di servizi di interesse generale rispondono ad esigenze della collettività di cui l'ente locale né è l'espressione esponenziale (si sostanziano nei servizi pubblici locali);

2) all'espletamento di servizi strumentali rispondono ad esigenze relativi all'attività o funzionamento degli enti.

Ai fini della individuazione della strumentalità dei servizi e/o attività esercitate dalla società si ritiene evidenziare la interpretazione contenuta nella sentenza Tar Toscana n. 1430 dell'8/09/2009 relativo al caso di servizio di pubblica illuminazione votiva:

a) Dato fattuale

- Affinché vi sia un servizio strumentale occorre che solo alcune fasi o segmenti di tale servizio siano affidati all'esterno, mentre comunque altri segmenti di quel servizio devono rimanere in capo all'ente;

- Occorre quindi che nell'atto amministrativo che affida il servizio siano chiaramente definiti i segmenti in capo all'esecutore e quelli in capo all'ente;

b) Dato di interpretazione giuridica: Non sono attività esecutive e pertanto costituiscono elemento sintomatico di servizio pubblico locale le seguenti:

- incasso della tariffa dall'utenza e relativo incameramento da parte dell'esecutore;

- attività che si connotano per una continuità e periodicità, sia di monitoraggio, che di conservazione e ripristino, a cui "non sono estranee logiche di programmazione proprie dell'erogazione di un servizio pubblico locale"<sup>1</sup>.

Sempre con riferimento alla distinzione tra servizi strumentali e servizi pubblici locali, si è espresso il Consiglio di Stato nella sentenza 1651 del 22/3/2011 secondo cui: l'enunciato dell'articolo 13 rende evidente che la limitazione della legittimazione negoziale delle società

---

<sup>1</sup> TAR Campania, Napoli, sez. I, 24/4/2008 n. 2533

strumentali si riferisce a qualsiasi prestazione a favore di soggetti terzi rispetto agli enti costituenti, partecipanti o affidanti, senza che a nulla rilevi la qualificazione di tali attività. La qualificazione differenziale tra attività strumentali e gestione di servizi pubblici deve essere riferita non all'oggetto della gara, bensì invece all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa. Il divieto di fornire prestazioni a enti terzi, infatti, colpisce le società pubbliche strumentali alle amministrazioni regionali o locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche le società destinate a gestire i servizi pubblici locali, che esercitano attività d'impresa di enti pubblici.

Per quanto riguarda l'oggetto sociale, si ricorda che l'articolo 13 prevede che *“le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1”*. Il consiglio di stato nella sentenza 4346 del 2009 aveva rigettato l'assimilazione delle società miste esercenti spl in regime concorrenziale alle società strumentali, che costituiscono una *longa manus* delle amministrazioni, avviene in via diretta, tanto che ne deriva che debba escludersi che debbano avere un “oggetto sociale esclusivo” ed in via, oltre ai servizi pubblici esse possono svolgere altre attività imprenditoriali sia pure con limitazioni volte a non snaturarne il loro ruolo istituzionale.

Il divieto sancito dall'articolo 13 comma 3 avrebbe pertanto ad oggetto le attività da regolarizzare, non anche l'oggetto sociale. E' pertanto ammesso che esistano società che possono continuare ad avere come oggetto sociale sia spl che servizi ipoteticamente strumentali, ma solo se offerti sul mercato in regime di parità. In altre parole, le società non hanno l'obbligo di espungere dal proprio oggetto sociale la fornitura di servizi strumentali che potrebbero anche in futuro proporre sia agli enti pubblici affidanti che ad altri soggetti pubblici o privati, ma solo alla condizione che essi siano conseguiti mediante procedura concorrenziale, in perfetta parità con altri soggetti presenti sul mercato.

A tal fine si ritiene opportuno ricordare una recente sentenza del Consiglio di Stato, la numero 14 del 4 agosto 2011 in base alla quale solo le società affidatarie dirette di servizi pubblici non possono partecipare alle gare.

Si ritiene utile precisare in questa sede che la conclusione cui si è addivenuti, non deve essere interpretata nel senso che viene legittimata la presenza contemporanea, in capo ad una società, sia di servizi strumentali che di servizi pubblici locali a rilevanza economica. Sull'argomento è intervenuta, anche la Corte dei Conti sezione regionale di controllo per la Lombardia con la deliberazione 17.10.2010 n. 517/PAR. La Corte parte dal presupposto che il legislatore ha dettato delle regole precise e differenziate per la gestione delle varie funzioni ed attività, stabilendo,

altresì, specifiche incompatibilità fra la gestione di attività strumentali che vedono quale destinatario ed interlocutore l'ente locale e le attività a rilevanza economica che presentano un'incidenza sul mercato, sia pure locale.

Sulla base di tale presupposto, le società strumentali non possono svolgere, in relazione alla loro posizione privilegiata, altre attività a favore di altri soggetti pubblici o privati poiché in caso contrario si verificherebbe un'alterazione o comunque una distorsione della concorrenza all'interno del mercato locale di riferimento.

Considerando inoltre che, in base all'articolo 13 del Bersani, le società strumentali devono essere ad oggetto sociale esclusivo, la Corte ha affermato: *“è indubbio che i soci che detengono partecipazioni in società alle quali siano state affidate contemporaneamente sia attività riconducibili a servizi strumentali e attività riconducibili a servizi pubblici locali a rilevanza economica, [...], se non hanno ancora provveduto ad eliminare l'anomalia, devono provvedere”*.

### ***1.2. la distinzione conclusiva basata sulla natura delle società e non sul servizio esercitato***

Ciò posto e ricordato ancora che la qualificazione differenziale tra attività strumentale e gestione dei servizi pubblici deve essere riferita non all'oggetto della gara, bensì all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa, atteso che il divieto di fornire prestazioni a enti terzi, infatti, colpisce le società pubbliche strumentali alle amministrazioni regionali o locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali che esercitano attività d'impresa di enti pubblici<sup>2</sup>, ne consegue che la società che svolge effettivamente anche servizi pubblici esclude in radice che essa possa essere considerata una mera società strumentale del comune.<sup>3</sup>

Ne consegue un primo assioma:

- La distinzione fra società strumentali e società di servizio pubblico è dato dall'oggetto sociale e non dalla natura del singolo servizio svolto.

Inoltre dagli arresti giurisprudenziali sopra riportati ne deriva un secondo assioma:

- Le società strumentali non possono svolgere servizi pubblici locali stante il preciso divieto contenuto nell'art. 13 del Decreto Bersani;

---

<sup>2</sup> Cons. St., sez. V, 29 dicembre 2011, n. 6974

<sup>3</sup> CDS sez. V sent. n. 257/2015

- Le società che svolgono servizi pubblici locali possono svolgere anche servizi strumentali.

Tale secondo assioma trova sua conferma definitiva con la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, del 16/04/2013 n. 2084 che ha statuito che la disposizione contenuta nell'art. 13 del Decreto Bersani ha *“carattere eccezionale che deve quindi essere interpretata in stretta aderenza al suo dato letterale e senza possibilità alcuna di applicazione oltre i casi in essa previsti”*.

### **3. Il nuovo Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica:**

#### ***3.1 l'inquadramento generale della disciplina delle società a partecipazione pubblica***

Pare opportuno introdurre il principio generale che ha informato il legislatore in ordine alla definizione della disciplina delle società a partecipazione pubblica recepite nel testo unico in commento, secondo il quale la prevalenza delle norme pubblicistiche in materia di rapporti fra i soci di società a partecipazione pubblica era stata ammessa se non espressamente prevista da specifiche norme di legge, di modo che gli interessi pubblici, di cui sono portatori i soci pubblici di una società di capitali prevista dal libro V del codice civile, trovassero tutela solo laddove la legge lo prevedeva. Principio che appare del tutto consolidato con l'entrata in vigore del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016) che precisa:

- all'art. 1 comma 3 *“Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato.”* ;
- all'art. 14 che prevede la fallibilità delle società a partecipazione pubblica;
- all'art. 19, comma 1, che prevede: *“Salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi.”*;

quindi ad oggi non è più sostenibile alcuna interpretazione che avvalorì un processo di “entizzazione” della società a partecipazione pubblica, se non nelle materie espressamente previste dalla legge (*rectius* previste dallo stesso testo unico). Ne consegue che ai fini dell'individuazione

anche della disciplina sulla legittima detenibilità delle partecipazioni in società di capitali da parte della pubblica amministrazione il riferimento esclusivo diventa il testo unico in commento.

### ***3.2 . la disposizione normativa in tema di legittima detenibilità in partecipazioni di società di capitali da parte degli enti locali***

Le Pubbliche amministrazioni debbono analizzare nuovamente le proprie società partecipate sottoponendole a tre **tests**

*Il primo test attiene alla legittima detenibilità*

Lo screening si effettua secondo le previsioni di cui all'art. 4 del TU e quindi:

Principio generale (art. 4 comma1): 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.

Verifica nel concreto del principio generale (art. 4 comma 2): tale verifica si attua con l'analisi delle conformità e rispondenza dell'oggetto della società ai seguenti casi:

- a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;
- b) 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;
- c) 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;
- d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;
- e) 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.



A tal riguardo l'elenco di cui alle lett. da a) fino ad e) non sembra interpretabile come un numero chiuso, giacché pur non essendo menzionata la società di trasformazione urbana, l'art. 120 del tuel, che contiene la relativa disciplina, non è stato abrogato.

Inoltre l'art. 4 dopo il primo comma, che contiene il principio generale sulla legittima detenibilità, ed il secondo comma, che declina gli oggetti delle società che sono, per legge, conformi al raggiungimento del fine istituzionale della PA, contiene nei commi successivi una serie molto articolata di deroghe o di precisazione al comma secondo, che saranno oggetto dei successivi paragrafi.

Rientra nel test di detenibilità anche la verifica del tipo di società di capitali. Infatti l'art. 2 del TU consente alle Pa di partecipare alle società per azioni e alle società a responsabilità limitata anche in forma di società cooperative o consortili e ciò a seguito di uno specifico emendamento proposto da Anci e UPI.

*Il secondo test attiene alla verifica della legittimità e al rispetto della disciplina degli aiuti di stato*

Il riferimento è al comma 1 e 2 dell'art. 5 del TU.

Il comma 1 si atteggia allo specifico test di economicità ove la PA per ogni propria società dovrà analiticamente motivare con riferimento a:

- (I) la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4;
- (II) le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta sia (IIA) sul piano della convenienza economica che (IIB) su quello della sostenibilità finanziaria;
- (III) la possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate;
- (IV) la possibilità della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato;
- (V) la compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Il comma 2 dell'art. 5 impone 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. L'aiuto di stato è rappresentato da un sovvenzionamento di solito in denaro a favore di un operatore concessionario di pubblici servizi che per ottemperare agli obblighi di pubblico servizio svolge l'attività in condizioni economiche che altro operatore non svolge in normali condizioni. Quindi ricevere una integrazione finanziaria da parte della Pubblica Amministrazione concedente il servizio: quando questa integrazione è sproporzionata ed eccede le misure necessarie al riequilibrio del conto economico del concessionario, viene qualificato come aiuto di stato illegittimo.

*Il terzo test riguarda la verifica dei Parametri quantitativi di compatibilità economico – finanziaria*

Ogni società partecipata dovrà essere conforme ai seguenti parametri e non ricadere in alcuna delle sotto indicate situazioni:

- risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
- svolgano attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali;
- nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro;
- 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;

Inoltre rientrano nel terzo test anche le società che:

- necessitano di contenimento dei costi di funzionamento;
- necessitano di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'articolo 4 del TU.

In esito ai test la partecipazione che non è risultata congrua sarà oggetto di un piano di riassetto avente ad oggetto: i) razionalizzazione, ii) fusione o iii) soppressione, anche mediante: a) messa in liquidazione o b) cessione.

Quindi per il socio di riferimento l'attività delle società è prevalentemente rivolta alla soddisfazione dei servizi di interesse generale in quanto rivolti direttamente o indirettamente alla soddisfazione dei cittadini utenti.

### ***3.3 l'abrogazione dell'art. 13 del Bersani e l'interpretazione dell'art. 8 comma 2bis della legge 287/1990 ed il ritorno delle multi utilities***

Occorre ricordare che antecedentemente all'entrata in vigore del TU era vigente una disciplina che imponeva – ed in parte impone ancora per le società diverse da quelle detenute da pubbliche amministrazioni – la separazione societaria fra diverse attività per le finalità che di seguito vengono illustrate.

Occorre precisare che l'istituto della separazione societaria è finalizzato alla tutela della concorrenza, in quanto le società che gestiscono attività in monopolio o privativa potevano porre in essere i c.d. sussidi incrociati. Attraverso tali sussidi, che si sostanziano in un travaso di risorse derivante da margini economici positivi dalla gestione di un servizio (di solito in privativa) alla gestione di un servizio a libero mercato, si poteva alterare il meccanismo concorrenziale falsando le tariffe dei servizi a libero mercato.

Si analizzano di seguito alcune norme che hanno introdotto/disciplinato specifici limiti al ricorso alle pratiche che potevano favorire il ricorso ai sussidi incrociati.

- Art 8 comma 2 bis legge Antitrust (L 287/1990)

Dispone l'articolo 8 rubricato "Imprese pubbliche e monopolio legale" della Legge 287/1990

*"1. Le disposizioni contenute nei precedenti articoli si applicano sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale.*

*2. Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati.*

*2-bis. Le imprese di cui al comma 2, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del medesimo comma 2, operano mediante società separate.*

*2-ter. La costituzione di società e l'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi di cui al comma 2-bis sono soggette a preventiva comunicazione all'Auto Rita'.*

*2-quater. Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora le imprese di cui al comma 2 rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati diversi di cui al comma 2-bis beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte ai sensi del medesimo comma 2, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti.*

*2-quinquies. Nei casi di cui ai commi 2-bis, 2-ter e 2-quater, l'Autorità' esercita i poteri di cui all'articolo 14. Nei casi di accertata infrazione agli articoli 2 e 3, le imprese sono soggette alle disposizioni e alle sanzioni di cui all'articolo 15.*

*2-sexies. In caso di violazione degli obblighi di comunicazione di cui al comma 2-ter, l'Autorità' applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino a lire 100 milioni. "*

Dalla lettura dell'art. 8 comma 2-bis della legge 287/1990 si deduce che gli enti e gli organismi gestori di servizi di interesse generale possono operare in altri mercati esclusivamente per il tramite di società separate. Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, è, altresì,

previsto che, qualora i soggetti in parola rendano disponibili a società da essi partecipate o controllate, operanti in mercati diversi, beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte (in virtù di disposizioni di legge ovvero in regime di monopolio), essi sono tenuti a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti (art. 8, comma 2-quater). Le disposizioni in esame, oltre che pienamente vigenti, sono ancora perfettamente attuali, considerato che esse sono, peraltro, espressamente richiamate dall'art. 4, comma 7, del d.l. 138/2011, di cui si dirà nel prosieguo.

- Art. 13 Decreto Bersani

Un ulteriore riferimento normativo volto ad impedire il perpetuarsi di sussidi incrociati fra servizi a mercato e servizi inprivata è quello dell'articolo 13 del Decreto Bersani (DL 223/2006).

Dispone l'articolo 13 rubricato *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*: “1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti.”

Il divieto sancito dalla norma in questione - secondo un orientamento giurisprudenziale - rimarca la differenza tra concorrenza “per” il mercato e concorrenza “nel” mercato. Tale norma, attuando l'art. 41 Cost. in relazione ai principi comunitari sulla tutela della concorrenza, sul divieto di aiuti di Stato e sul principio di sussidiarietà, esprimerebbe un precetto di ordine pubblico economico che si impone inderogabilmente a tutte

le stazioni appaltanti, tenute ad applicarlo quale che sia la fase del procedimento (valutazione dell'ammissibilità delle offerte, aggiudicazione provvisoria o definitiva, approvazione, stipula del contratto) <sup>4</sup>

L'esigenza di tutelare la concorrenza, anche prevenendo sussidi incrociati tra settori di attività protetta e settori in cui la società mista opera come un privato imprenditore, è stata, con particolare chiarezza, evidenziata dalla Corte Costituzionale, investita con ricorso presentato da alcune Regioni, che ha chiarito che le disposizioni in esame definiscono *"il proprio ambito di applicazione non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all'oggetto sociale di queste ultime"* e sono fondate *"sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza"*. Il legislatore in tal modo ha inteso *"...separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione" al fine di prevenire una commistione che sarebbe distorsiva della concorrenza, evidenziando che "l'obiettivo delle disposizioni impugnate è quello di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali. Dunque, la disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma statale è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori distorsivi della concorrenza"* (Corte Costituzionale 13 agosto 2008, n. 326.)

- Le posizioni dell'Antitrust

In materia di sussidi incrociati si è recentemente espressa l'Antitrust (AGCM) con parere del 23 gennaio 2014 (AS110). L'AGCM si pronuncia sulla richiesta formulata dalla Provincia di Roma in relazione alla bozza di Regolamento disciplinante i servizi di trasporto di linea di Gran Turismo in ambito provinciale.

L'Autorità affronta il problema della sovrapposizione tra linea GT e linea di TPL. In questi casi, per evitare di alterare l'equilibrio economico-finanziario del servizio sussidiato *"semberebbe opportuno valutare la profittabilità della linea del servizio pubblico interessata e stabilire in*

---

<sup>4</sup> Cons. St., Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080

*quale misura essa è in grado di compensare le perdite che il soggetto gestore del servizio pubblico subisce sulle linee non redditizie, ai fini di un'eventuale revisione dei sussidi, delle tariffe o di altri aspetti del servizio pubblico.”*

La sovrapposizione con il servizio pubblico, in altri termini, non è d'ostacolo al riconoscimento dell'autorizzazione alla linea GT: la domanda di autorizzazione dovrebbe venire rigettata solo *“se le caratteristiche del servizio di linea gran turismo non fossero tali da soddisfare specifiche esigenze della clientela – diverse da quelle a cui è indirizzato il servizio pubblico – e dessero luogo ad una concorrenza al soggetto gestore del servizio pubblico concentrata sulle sole attività redditizie.”*.

E' senza dubbio positivo che l'Autorità consideri i rischi connessi ad una liberalizzazione “non regolata: la sovrapposizione con il servizio pubblico può, infatti, come noto, essere dannosa per lo stesso ente pubblico affidante, il quale – in caso di riduzione dei ricavi da traffico spettanti al gestore del servizio pubblico dovuta alla presenza di un operatore GT sulla stessa tratta – si troverebbe costretto a riconoscere maggiori compensazioni di servizio pubblico e quindi ad un maggiore esborso; mentre la domanda – sebbene basata su identiche esigenze – verrebbe ad essere dispersa.

Per l'Autorità, quindi, il criterio di massima da seguire, nell'assentire o meno la linea GT, è quello della considerazione della redditività/profittabilità della tratta di servizio pubblico. Una concorrenza relativa alle sole tratte remunerative presenta pericoli non trascurabili.

Ultimo aspetto considerato dall'AGCM è quello relativo alle norme regolamentari che si limitano ad imporre al richiedente il rispetto degli obblighi di separazione contabile in caso di contestuale attività di servizio pubblico. L'orientamento dell'AGCM in materia è, come noto, assai più restrittivo. Secondo la Legge Antitrust (art. 8) infatti il gestore di servizio pubblico in regime di monopolio deve attenersi al rigido regime della separazione societaria laddove decida di operare su mercati diversi (quale, nel caso di specie, quello del GT). La posizione dell'Autorità sembra, tuttavia, non condivisibile in quanto la disciplina comunitaria disciplinante il settore (Regolamento CE 1370/2007) ritiene sufficiente, al fine di evitare il rischio di sussidi incrociati, la mera separazione contabile. Il che appare sufficiente tanto più quando i gestori di servizio pubblico sono affidatari con gara (e il “monopolio” è l'inevitabile effetto – ex post – del meccanismo di “concorrenza per il mercato”, unico grado di apertura alla concorrenza previsto, allo stato, dalla legge di settore).

\* \* \*

A tal riguardo va rilevato che il TU prevede:

- all'art. 4 comma 4: “ *Le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti.*”;
- all'art. 6 comma 1 “*Le società a controllo pubblico, che svolgano attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, in deroga all'obbligo di separazione societaria previsto dal comma 2-bis dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, adottano sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi e per ciascuna attività*”
- all'art. 28 (“*abrogazioni*”) viene stabilita, fra gli altri la abrogazione dell'articolo 13 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. Decreto Bersani).

Pertanto il Tu determina una novità assoluta: per le società a partecipazione pubblica il metodo per garantire ed evitare i sussidi incrociati non è la separazione societaria ma la separazione contabile.

Inoltre il nuovo TU ammette:

- la gestione tramite società di servizi strumentali non rilevando l'abrogazione dell'art. 13 del Decreto Bersani<sup>5</sup> ;

---

<sup>5</sup> La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 7/5/2015 n. 2291, ha sostanzialmente affermato che l'art. 4, comma 7, del d.l. 95/2012, convertito nella l. 135/2012, ha dettato una serie di disposizioni volte a limitare e razionalizzare il ricorso da parte delle pubbliche amministrazioni all'attività di società controllate. Il citato comma 7, infatti, al dichiarato fine di "*evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale*", ha disposto che, a decorrere dal 1° gennaio 2014, le pubbliche amministrazioni, "*nel rispetto dell'articolo 2, comma 1 del citato decreto acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo*". Il tenore del summenzionato comma 7, prosegue il Consiglio di Stato, sembra univoco nell'individuare le procedure concorrenziali come modalità necessaria di acquisizione dei beni e servizi strumentali.

L'art. 4 del D.L. 6/07/2012 n. 95 convertito con modificazioni nella Legge 7/08/2012 n. 135, conteneva una serie articolata di disposizioni relative a:

- scioglimento o privatizzazione di società che svolgono servizi nei confronti della pubblica amministrazione (in house);
- composizione dei consigli di amministrazione di tali società;
- applicazione del principio della selezione competitiva per l'individuazione di beni e servizi strumentali all'attività della pubblica amministrazione;
- limiti di assunzioni nelle società pubbliche;

- la gestione integrata all'interno di una medesima società tanto dei servizi di interesse generale quanto di servizi di natura meramente strumentale;
- la gestione integrata all'interno di una medesima società di servizi o attività che costituiscono diritti esclusivi o speciali con attività a libero mercato a condizione si tenga una contabilità separata.

\* \* \*

Le società multiutility ritornano in un'ottica di razionalizzazione delle società partecipate degli enti locali. La disciplina del Piano di razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali ha dato una svolta ai processi aggregativi ritenuti modello di riferimento per ridurre il numero delle società partecipate ed imporre nuove organizzazioni che "forzatamente" determinassero economie di scale e sinergie.

Infatti l'art. 1 comma 611 della legge 190/2014 prevede.

· divieto di arbitrati nei contratti di servizio tra lo Stato e le società partecipate.

Il primo comma, dell'art 4, norma centrale del provvedimento recitava : *“Nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, si procede, alternativamente: a) allo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013. Gli atti e le operazioni posti in essere in favore delle pubbliche amministrazioni di cui al presente comma in seguito allo scioglimento della società sono esenti da imposizione fiscale, fatta salva l'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, e assoggettati in misura fissa alle imposte di registro, ipotecarie e catastali; b) all'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto entro il 30 giugno 2013 ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, non rinnovabili, a decorrere dal 1° gennaio 2014.”*

La norma è stata dapprima posta nel nulla, nei confronti delle Regioni a Statuto Ordinario dalla Sentenza della Corte Costituzionale sentenza 16 -23 luglio 2013, n. 229 e successivamente definitivamente abrogata dell'art. 1, comma 562, lett. a), L. 27 dicembre 2013, n. 147, a decorrere dal 1° gennaio 2014, unitamente agli articoli i commi 2, 3, 3-sexies, 9, 10 e 11.

E' stato, però, fatto salvo dall'abrogazione del legislatore il comma 8, il quale prevede *“ A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house. Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014.”*

E' innegabile che la sentenza del Consiglio di Stato qui esaminata, per quanto criticata dalla dottrina, si esprime in senso negativo sulla legittimità degli enti locali di affidare in house (vale a dire senza gara) servizi di natura evidentemente strumentali e così indirettamente si esprime negativamente sulla possibilità di affidare servizi alle società strumentali in house, mimandone la loro sopravvivenza.



*“611. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 3, commi da 27 a 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni, e dall'articolo 1, comma 569, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e successive modificazioni, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, a decorrere dal 1° gennaio 2015, avviano un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015, anche tenendo conto dei seguenti criteri:*

*a) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione;*

*b) (...)*

*c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni;*

*d) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica;*

*e) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché' attraverso la riduzione delle relative remunerazioni. “*

Tale favor verso i processi aggregativi sia di società ma anche di attività o servizio viene definitivamente stigmatizzato dai nuovi piani di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica come previsto dall'art. 20 e 24 del TU.

Infatti tanto all'art. 20 ( rubricato "razionalizzazione periodica" ) quanto all'art. 24 (rubricato "revisione straordinaria delle partecipazioni") risulta che il legislatore induca le pubbliche amministrazioni a valutare le partecipate quanto necessitano "aggregazioni (...) aventi ad oggetto le attività consentite di cui all'art. 4 [ del TU]".

In conclusione risulta evidente la spinta alla realizzazione di economie di scala o in generale risparmi attraverso la gestione in un'unica società di servizi strumentali e di interesse generale.

### **3.4. La nuova disciplina per la individuazione dell'attività non prevalente e residuale nelle società in house**

Nell'ambito della disciplina delle società in house, ora definitivamente recepito dall'art. 5 del d.lgs 50/2016, è assodato che le caratteristiche fondamentali di tale istituto, sono da ricondurre a:

- controllo analogo;
- presenta di soci pubblici ( e non capitali privati, con il temperamento previsto dall'art. 16, comma 1, del TU;
- prevalente attività svolta nei confronti dei soci pubbliche autorità.

In relazione a tale ultimo requisito il TU ha specificato l'entità di tale "attività prevalente" e di quella residuale "non prevalente" e precisamente:

- all'art. 4 comma 4 *“ Le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti. “ ;*
- all'art. 16 :
  - comma 3. *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 e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia 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.*
  - comma 4. *Il mancato rispetto del limite quantitativo di cui al comma 3 costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile e dell'articolo 15 del presente decreto.*
  - comma 5. *Nel caso di cui al comma 4, 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 di fornitura 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.*

- *comma 6. Nel caso di rinuncia agli affidamenti diretti, di cui al comma 5, la società può continuare la propria attività se e in quanto sussistano i requisiti di cui all'articolo 4. A seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo.*

Secondo l'interpretazione letterale del combinato disposto degli artt. 4 e 16 emerge che:

- la società affidataria in house, se previsto nello statuto e giustificato dall'organo amministrativo, può realizzare il 19,999% del proprio fatturato non nei confronti degli enti pubblici soci affidanti in house ovvero, nel caso di servizi pubblici, non nei confronti dei cittadini utenti dei territori dei soci enti pubblici affidanti in house;
- la “*produzione ulteriore oltre il limite suddetto*”, vale a dire l'eccedenza oltre l'80% del fatturato, può essere svolta nei confronti di altre pubbliche amministrazioni non socie ovvero nei confronti di altri enti o soggetti pubblici o privati.
- la “*produzione ulteriore oltre il limite suddetto*” può essere oggetto anche di acquisizione tramite gara.

La partecipazione alle gara di una società in house sembra quindi consentita. Infatti non risultano più alcuna norme che lo vieti espressamente essendo stato abrogato, per effetto del noto referendum c.d. “sull'acqua pubblica”, l'art. 23 bis del d.l. 112/ 2008 comma 9 che recitava:

*“9. I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.”.*

Peraltro è principio assodato che anche i soggetti partecipati da pubbliche amministrazioni possono partecipare a gara (anche dello stesso ente pubblico socio stazione appaltante).<sup>6</sup>

### ***3.5 le società della gestione del patrimonio avente scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato.***

Un'importante novità del TU è l'aver ritenuto ammissibili, anche in deroga al comma primo dell'art. 4 del predetto TU, le società c.d. patrimoniali

La disposizione di salvaguardia di cui al comma 3 dell'art. 4 TU 2016 è l'unica che espressamente deroga al vincolo generale previsto dal comma 1, in ordine alla sussistenza dello stretto rapporto di necessarietà funzionale tra oggetto di attività economica principale della società partecipata e funzioni istituzionali dell'ente pubblico socio; essa sancisce che «. . *Al solo fine di ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio, le amministrazioni pubbliche possono, altresì, anche in deroga al comma 1, acquisire partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato...»*. Il legislatore dà facoltà alla PA. di costituire/partecipare ad una **società di diritto speciale**, attesa l'esclusività dell'oggetto d'attività economica imposta dalla norma e la speciale deroga ai vincoli di stretta necessarietà istituzionale, ma, soprattutto, visto l'obbligo di finalizzazione esclusiva della società alla valorizzazione ed ottimizzazione dei beni immobili dell'amministrazione (o delle amministrazioni) pubblica socia. La specifica finalizzazione del modulo societario alla valorizzazione ed ottimizzazione nell'utilizzo di beni patrimoniali dell'amministrazione partecipante dovrà risultare, peraltro, non da una mera autodichiarazione politico-amministrativa, bensì essere scientificamente dimostrata, sulla scorta dei criteri di investimento propri di un qualunque operatore di mercato, già nel contesto motivazionale dell'atto amministrativo prodromico alla costituzione/partecipazione pubblica al capitale della predetta società di scopo (art. 5 TU 2016).

Alcuni caratteri di specialità voluti dal legislatore merito un approfondimento che la dottrina ci offre:

---

<sup>6</sup> Cfr G. Caia "Norma per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza" in Giust. Amm.va che fra l'altro cita a sostegno Corte Giust. CE 7/12/2000 in causa C-94/99 e Cons. Stato sez. V 28/09/2005 n. 5196

“””*Quanto agli aspetti di specialità afferenti alle caratteristiche della governance societaria e della gestione produttiva, a noi pare che il legislatore, ancorché non risulti espressamente enunciato, abbia comunque inteso porre un requisito inderogabile di sussistenza della partecipazione pubblica totalitaria diretta, atteso che tali società dovranno avere, quale “**oggetto d’attività esclusivo**”, la gestione economico-produttiva del patrimonio conferito dai medesimi soci pubblici. E’ di tutta evidenza, infatti, che qualora la società, per norma speciale pubblicistica, debba limitare il ventaglio delle possibili attività economiche da porre a fondamento del proprio oggetto sociale (art. 2328 c.c.) alla sola «. . . **valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse**... » e che i conferimenti oggetto della partecipazione al capitale sociale, da parte delle predette amministrazioni pubbliche, debbano risultare liberati (essenzialmente, ancorché non esclusivamente) per il tramite dell’apporto in natura di beni immobili del proprio patrimonio, al solo fine della loro ottimizzazione e valorizzazione economica, non ci pare che si possano aprire spazi particolari di accessibilità al capitale privato, quanto meno sotto il profilo meramente finanziario. Potenzialmente ammissibile, invece, potrebbe rivelarsi un partenariato con soggetti privati, a valenza spiccatamente operativa, capaci di apportare le necessarie competenze imprenditoriali e manageriali di settore, ma sempre in posizione minoritaria- e attraverso le procedure di evidenza “a doppio oggetto” previste dalla vigente normativa. Quanto poi agli aspetti afferenti alla gestione operativa aziendale, dacché l’attività che costituisce l’oggetto sociale rappresenta <e. . . la saldatura — intesa come destinazione della prima alle finalità della seconda — tra la struttura finanziaria e l’impresa, tanto che il cambiamento dell’oggetto sociale costituisce [...] uno dei motivi di recesso dalla società... », ci parrebbe riduttivo relegare l’effettività della prescrizione normativa di esclusività dell’oggetto sociale al solo aspetto soggettivo del rapporto di servizio (cioè la relazione negoziale tra la società ed i soci pubblici conferenti), poiché ciò impedirebbe di conseguire il vincolo economico strumentale, posto dalla norma stessa, di «... **realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato**. . . »: se alla società fosse precluso di operare con il mercato, anche al solo scopo di valorizzare ed ottimizzare il rendimento economico o finanziario della gestione immobiliare, attraverso potenziali operazioni di dismissione ovvero di “**messa a reddito**” del patrimonio immobiliare conferito, ciò risulterebbe in aperto contrasto con l’applicazione di metodologie imprenditoriali e di convenienza economica nella gestione aziendale, come invece espressamente richiesto dalla norma speciale. Riteniamo, pertanto, che l’attività economica che struttura il portafoglio servizi con cui la società in disamina si pone nei confronti dei clienti pubblici, non possa che essere connotata dall’includibile e cogente requisito dell’esclusività, nel senso che alla società sarebbe precluso l’esercizio dell’autonomia*

*statutaria rispetto ad ogni clausola che prevedesse un suo surrettizio ampliamento, anche solo potenzialmente rivolto al mercato privato e lesivo della libera concorrenza, fatto salvo per quelle attività direttamente e funzionalmente serventi all'obiettivo della migliore valorizzazione ed ottimizzazione economica del patrimonio immobiliare degli enti soci ed affidanti.”<sup>7</sup>*

Per quanto di interesse in questa sede la società c.d patrimoniale disciplinata dall'art. 4 comma 3 del TU deve avere queste caratteristiche ineludibili:

- il socio PA deve dichiarare espressamente il fine dello scopo imprenditoriale in deroga all'art. 4 comma 1. Motivazione che dovrà essere resa (obbligatoriamente) ai sensi dell'art. 5 del TU;
- i beni devono essere di proprietà dell'ente socio e provenire da questi e quindi non ricadenti nelle categorie né dei beni demaniali né in quella dei beni indisponibili, fra i quali rientrano quelli asserviti a pubblico servizio: ciò evidentemente in ragione della impossibilità di destinare tali beni (demaniali o patrimoniali indisponibili) a scopo di mero lucro;
- l'oggetto delle società dovrà prevedere quella azioni di natura commerciale per l'esercizio della valorizzazione dei beni che si pongono in antitesi con lo scopo di gestione dei servizi di interesse generale e/o strumentale ed in generale in contrasto con le attività di cui all'art. 4 commi da a) a c).

### ***3.6 la detenzione di partecipazione in società di secondo livello***

Con l'abrogazione dell'art. 13 del decreto Bersani non vige più un divieto generalizzato, per quanto temperato da nota sentenza della corte Costituzionale<sup>8</sup>, ma è stato “sostituito con una nuova disposizione ad assetto variabile contenuta nell'art. 4 comma 5 che recita:

*“5. Fatte salve le diverse previsioni di legge regionali adottate nell'esercizio della potestà legislativa in materia di organizzazione amministrativa, e' fatto divieto alle società di cui al comma 2, lettera d), controllate da enti locali, di costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni in società. Il divieto non si applica alle società che hanno come oggetto sociale esclusivo la gestione delle partecipazioni societarie di enti locali, salvo il rispetto degli obblighi previsti in materia di trasparenza dei dati finanziari e di consolidamento del bilancio degli enti partecipanti.”.*

---

<sup>7</sup> Cfr. G. Bassi “ le società di scopo per la valorizzazione e l'ottimizzazione del patrimonio immobiliare del nuovo TU sulle società a partecipazione pubblica. Prima considerazioni” in [www.pubblicutilities.it](http://www.pubblicutilities.it) 2016

<sup>8</sup> Cfr Corte Costituzionale sent. n. 380/2008

Si possono trarre le seguenti considerazioni operative:

- le società diverse da quelle il cui oggetto è riconducibile all'art. 4 comma 2 lett. b) (c.d. società strumentali) possono legittimamente partecipare a società di capitali di primo o secondo livello ecc;
- le società il cui oggetto è riconducibile all'art. 4 comma 2 lett. b) (c.d. società strumentali) non possono costituire nuove società e non possono acquisire nuove partecipazioni: nel senso che se già possiedono partecipazioni e ciò non era in spregio all'allora vigente art. 13 del decreto Bersani, come interpretato dalla sentenza della Corte Costituzionale sopra richiamata, possono continuare a mantenerne la proprietà;
- le società holding che hanno per oggetto sociale la "detenzione di partecipazioni societarie di enti locali" possono continuare a detenere tali partecipazioni e possono costituirne nuove società a acquisire nuove partecipazioni.

La questione operativa che viene in rilievo è data dalla nuova circostanza che si verrà a verificare con estrema frequenza. Avendo il TU ammesso società multi utilities, che svolgono congiuntamente servizi pubblici di interesse generale e servizi strumentali di cui all'art. 4 comma 2 lett. b) del predetto TU, quale regime vigerà in merito alla detenzioni di partecipazioni.

L'unico criterio ragionevolmente applicabile è quello della prevalenza: se la società svolge prevalentemente servizi o attività non riconducibili a quelli previsti dall'art. 4 comma 2 lett. b) allora ad essa non si applicheranno i limiti ed i divieti sulla detenibilità delle partecipazioni anche di nuova costituzione o acquisizione.

### ***3.7. Nozione di Società a controllo pubblico ai sensi del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al D.lgs n. 175 del 23/09/2016***

Il D.lgs n. 175 del 29/09/2016 in tema di società a partecipazione pubblica ed emesso in attuazione dell'art. 18 della Legge n. 124 del 7 agosto 2015 (cd. Legge Madia), si occupa, per la maggior parte delle sue disposizioni, di Società a controllo pubblico.

Al fine, dunque, di una corretta interpretazione del TU e di una precisa definizione del suo ambito di applicazione, occorre, in primo luogo, declinare il concetto di società a controllo pubblico.

Al riguardo, il TU all'art. 2 comma 1 lett. b) in tema di definizione di controllo, rinvia espressamente all'art. 2359 del Codice Civile, e anche la Relazione Illustrativa di accompagnamento al TU conferma che per la individuazione del concetto di società a controllo pubblico si fa riferimento alla “nozione civilistica di controllo”.

Esaminando allora le ipotesi di controllo contemplate dall'art. 2359 c.c. si ravvisano tre fattispecie distinte che, tradizionalmente, vengono definite:

1. “controllo interno di diritto”, in cui il soggetto detiene la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria;
2. “controllo interno di fatto”, in cui il soggetto dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante in seno all'assemblea ordinaria;
3. “controllo esterno contrattuale”, in cui il soggetto esercita un'influenza dominante non in forza della sua qualità di socio, ma come soggetto esterno, grazie a particolari vincoli contrattuali in essere con la società.

Il concetto di controllo che interessa ai nostri fini è unicamente quello di cui ai precedenti numeri 1) e 2) che presuppone la qualità di socio del soggetto controllante in quanto, la norma è inserita nel TU in tema di società a partecipazione pubblica e detta, dunque, la disciplina applicabile ai casi in cui le pubbliche amministrazioni detengano azioni o quote in società e partecipino al capitale sociale delle stesse, senza che vengano in rilievo situazioni che prescindono dalla detenzione di partecipazioni.

In relazione al concetto di controllo interno di diritto, esso presuppone, secondo la prevalente opinione di dottrina e giurisprudenza:

- la titolarità o disponibilità della maggioranza dei voti in assemblea ordinaria, rientrando in tale concetto non solo la posizione del pieno titolare delle quote societarie ma altresì dell'usufruttuario o del creditore pignoratizio a cui spetta il diritto di voto in assemblea;



- la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea con ciò intendendosi la maggioranza di legge previste dal Codice civile da individuarsi nel 50% più uno delle azioni o quote con diritto di voto, a prescindere dalle eventuali diverse percentuali previste dallo statuto per la validità delle deliberazioni assembleari.

La fattispecie in esame rappresenta un'ipotesi di controllo prevista per legge nel senso il controllo, ricorrendo i presupposti dettati dalla norma, si presume, in quanto si ipotizza che in tali casi sia connesso all'esercizio della maggioranza di voti in assemblea il potere di nomina degli organi gestori e di controllo della società ed il potere di approvare il bilancio e la distribuzione degli utili in seno alla società, a prescindere da un'effettiva verifica in tal senso delle norme statutarie vigenti per la società.

Altra ipotesi che viene in rilievo ai nostri fini, in mancanza della disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili, è rappresentata dalla concreta possibilità di esercitare un'influenza dominante in seno all'assemblea ordinaria.

Questo può essere il caso del socio di minoranza che, in ipotesi di disinteresse degli altri soci, assenteismo degli stessi, o in casi di partecipazioni estremamente frazionate, può, di fatto, influenzare l'assunzione delle decisioni nell'assemblea ordinaria. Si deve trattare, perché si concretizzi un'ipotesi di controllo di cui al precedente numero 2), di un'influenza dominante costante e stabile nel tempo e non occasionale o transitoria.

Dunque questa ipotesi di controllo, al contrario della precedente, presuppone un esame della situazione di fatto e del contesto pratico in cui opera l'ente pubblico nella sua qualità di socio della società partecipata.

Entrambe le ipotesi ora esaminate presuppongono la sussistenza dei requisiti individuati per l'esistenza del controllo unicamente in capo al soggetto ente pubblico che detiene le partecipazioni, in via diretta o indiretta, nel senso che la dominanza di diritto o di fatto deve

concretizzarsi o direttamente in capo all'ente pubblico, o anche in via mediata, attraverso società controllate o fiduciarie o persone interposte, senza considerare cumulativamente le posizioni di più soggetti soci nel loro insieme (cd. “controllo solitario” o “individuale”).

Diversamente, le situazioni soggettive di più soci possono venire in rilievo nel loro complesso quando, ai sensi del secondo periodo dell'art. 2 comma 1 lett.b), il controllo può sussistere quando in virtù 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 con condividono il controllo.

In tal caso, la situazione di controllo è valutata esaminando congiuntamente la posizione di più soci che per vincoli di legge o statuari o di patti parasociali (quali sindacati di voto), devono adottare all'unanimità dei soggetti coinvolti le decisioni strategiche gestionali della società. (cd. “controllo congiunto”).

### **3.8. Modifiche statutarie.**

Occorre definire per le società a controllo pubblico le norme imperative, quelle che prevedono divieti, nonché quelle meramente dispositive che riguardano adempimenti a carico dei soci e degli amministratori.

3.8.1. – Le norme imperative sono quelle disposizioni avente natura precettiva ed inderogabile, anche alla luce della *ratio* che sta alla base del TU e che mira ad obiettivi di efficienza, razionalizzazione e risparmio nella gestione delle partecipazioni pubbliche.

Le norme imperative sono dunque quelle che dettano precetti che sono diretta espressione degli obiettivi perseguiti dal TU e che anche dal tenore letterale della disposizione risultano inderogabili.

Ai fini dell'identificazione del perimetro delle modifiche statutarie da apportare, le norme imperative che assumono rilievo sono poi, unicamente quelle che risultano nuove ed incompatibili rispetto alla disciplina previgente all'introduzione del TU.

Ai fini che interessano in questa sede possono ricomprendersi nella categoria delle norme imperative:

- art. 3 TU: l'obbligo dell'organo di controllo interno;

- art. 6 comma 1 : adozione di contabilità separata;
- art. 6 comma 2 lett. a) obbligo di inserire programmi di controllo del rischio di crisi aziendale;
- art. 11 TU comma 1: sui requisiti di onorabilità e professionalità da stabilirsi con DPCM;
- art. 11 TU comma 2: sulla forma dell'organo amministrativo che "è costituito, di norma, da un amministratore unico" e può essere nominato un organo collegiale in base a criteri da definirsi con DPCM da adottarsi entro sei mesi dalla entrata in vigore del presente decreto;
- art. 11 TU comma 5: sul divieto per le Srl di amministrazione di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva di cui all'art. 2475 c.c. comma 3 secondo periodo;
- art. 11 TU comma 6, comma 8, comma 10 e 12: sul limite dei compensi degli amministratori e organi di controllo dirigenti e dipendenti e sul limite degli incarichi;
- art. 11 TU comma 11: ancora sul cumulo di incarichi.

In particolare, l'articolo 3 del TU prescrive l'obbligo di nominare l'organo di controllo nelle S.r.l. a prescindere della sussistenza dei requisiti previsti per la nomina del medesimo nel codice civile. Nelle società per azioni il TU prescrive la nomina in ogni caso di un organo apposito dedicato alla revisione legale dei conti a prescindere dalla possibilità in capo al collegio sindacale di svolgere tale incarico nei casi ammessi dal codice civile.

- L'art. 6:

- al primo comma prescrive l'adozione di sistemi di contabilità separata in caso di esercizio di attività economiche protette unitamente ad attività svolte in regime di mercato, nell'ottica di un maggiore efficientamento e controllo della gestione di tali attività;
  - al secondo comma: prescrive l'adozione di specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, in coerenza con quanto previsto dalle procedure d'allerta nello Schema del Disegno di Legge Delega per la Riforma Procedure Concorsuali.
- L'art. 11 al primo e secondo comma rispettivamente dispone la necessaria presenza di ulteriori requisiti in capo all'organo amministrativo e prescrive la forma monocratica sempre per l'organo amministrativo. Il TU sul punto assume le seguenti formule per disciplinare la materia:

- all'art. 11, comma 2 , fa riferimento a, “ *di norma*” per individuare l'amministratore unico;
- all'art. 11 comma 6 allorché impartisce gli indirizzi al Ministro per decretare le dimensioni per classificare le società controllate da pubbliche amministrazioni che possono mantenere l'organo amministrativo in forma collegiale rimanda alla valutazione “ *per specifiche esigenze di adeguatezza organizzativa* “;
- all'art. 26 ove si dispone il termine del 31/12/2016 per le società a controllo pubblico “*adeguano i propri statuti alle disposizioni del presente decreto*” .

Ciò osservato si rileva che il Tu non dispone un regime di transizione non imponendo né decadenze o obblighi in capo al socio di provvedere alla revoca degli amministratori che compongono un organo collegiale di amministrazione eccedente il numero ovvero per stabilire la nomina dell'amministratore unico: ne consegue che secondo il principio enunciato all'art. 1 del TU valgono quindi le ordinarie regole del codice civile in base alle quali, ancorché lo statuto sia stato modificato nella parte che definisce la strutture e composizione dell'organo amministrativo, l'originario rimane in carica fino a scadenza naturale come peraltro anche un disposizione di rango pubblicistico ha previsto ( testo originario dell'art. 3 comma 13 della legge 24/12/2007 n. 244 ed il testo originario dell'art. 4 comma 4 del D.L. 6/12/2012 n. 95 conv. in Legge 7/08/2012, n. 135). Appare pertanto ammissibile che in sede di modifica statutaria venga introdotte una clausola statutaria in base alla quale, per riguarda le disposizioni relative al numero dei componenti dell'organo amministrativo si applichino al primo rinnovo:

In ogni caso, quand'anche non si ritenesse di adottare uno specifico regime transitorio volontariamente indicato nello statuto, così come sopra riportato, si ritiene che, fino all'entrata in vigore dei decreti di attuazione, sia legittimo mantenere in carica gli attuali componenti del consiglio di amministrazione, modificando tuttavia lo statuto conformandolo alle nuove previsioni di legge. Vale la pena inoltre precisare la modifica dello statuto in ordine al numero dei componenti del consiglio di amministrazione avrebbe concreto effetto alla approvazione del bilancio in quanto termine naturale di efficacia della scadenza degli amministratori delle società di capitali, a mente, dell'art. 2383 comma secondo del c.c..

Inoltre al riguardo si ritiene ammissibile

- In ultimo le disposizioni sul limite ai compensi di cui all'art. 11 commi 6-8-10 e 12, rinviano anch'esse alla successiva entrata in vigore di un Decreto attuativo ed espressamente prevedono che fino a tale momento rimangano valide le previsioni già vigenti in materia, a cui gli statuti attuali delle società si erano già adattati.

Risulta al contrario immediatamente in vigore ed esprime la sua portata precettiva a prescindere dall'inserimento in statuto, il divieto di cumulo degli incarichi retribuiti previsto per amministratori dirigenti e dipendenti.

3.8.2. - Le norme che impongono divieti sono quelle che concentrano la loro portata precettiva nell'inibizione di certi comportamenti e possono essere riassunte facendo riferimento all'art. 11 comma 9 che prevede specifiche prescrizioni da inserire in statuto, e che, pertanto, si traducono in altrettanti obblighi di modifica.

3.8.3. - Le norme meramente dispositive che delineano comportamenti a carico dei soci o degli amministratori sono tutte quelle norme che fuoriescono dal perimetro delle disposizioni imperative ed inderogabili e che hanno una portata di stimolo ed impulso alla gestione societaria.

- un esempio di tale norma può ravvisarsi nell'art. 6 comma 3 che suggerisce all'organo amministrativo di valutare l'opportunità di integrare gli strumenti di governo societario con l'introduzione di ulteriori uffici e regolamenti interni volti al supporto del organo di controllo ed alla predisposizione di regole e procedure per la tutela dei consumatori utenti ed altri titolari di interessi legittimi.

Rimini il 22/11/2016

**MEDIA GESTUM CONSULTING S.r.L.**

Amministratore unico

(Gianni Meluzzi)

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gianni Meluzzi', is written over the printed name. The signature is stylized and includes a large loop on the left side.