LE SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA ALLA RICERCA DI UNA SISTEMAZIONE DEFINITIVA

1. Il decreto legislativo n. 175 del 19 agosto 2016 ha risolto molti dei problemi che animavano la materia delle società a partecipazione pubblica.

Tuttavia, nessuno degli indicati istituti tocca direttamente il rapporto tra la partecipazione pubblica con i modelli e le categorie utilizzate dal codice civile, ossia il contratto di società, la causa, i tipi, lo scopo, il controllo ed altro ancora.

E' bene isolare le norme di sistema, contenute nel decreto legislativo.

Le prime norme che vengono in rilievo sono contenute nell'articolo 1 che, nel delimitare l'oggetto della disciplina alla costituzione, all'acquisto, al mantenimento ed alla gestione di partecipazioni in società da parte delle amministrazioni, stabilisce che si intende perseguire l'efficiente gestione delle partecipazioni, tutelare e promuovere la concorrenza nel mercato, razionalizzare e ridurre la spesa pubblica.

Vengono conservate le società a partecipazione pubblica di diritto singolare e si prevede la possibilità di escludere l'applicazione delle disposizioni del decreto a singole società, anche al fine di agevolare la quotazione, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Parimenti vengono escluse dalla normativa tutte le forme di partecipazione pubblica in associazioni e fondazioni, in considerazione dello scopo normalmente non lucrativo da esse perseguito.

La vera norma di sistema sembra essere, tuttavia, quella in cui si stabilisce che, per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del decreto in esame, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e nelle leggi civili generali.

E' utile ricordare, infatti, come la dottrina civilistica aveva individuato nell'articolo 4, comma 13, secondo periodo, del decreto legge n. 95 del 2011 una delle norme di sistema che dovevano orientare l'interprete nell'ipotesi in cui il legislatore derogasse al sistema codicistico, laddove appunto stabiliva: *"Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica, si interpretano nel senso che, ove non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali"*. Non a caso tale norma è stata espressamente abrogata dal decreto legislativo in esame.

Orbene, la disposizione sta a dimostrare che il decreto non ha creato un nuovo modello o tipo di società a partecipazione pubblica da affiancare alle società commerciali disciplinate dal codice civile, bensì ha consolidato il sistema previgente fondato, come già riferito, sulla maggiore o minore vicinanza con la struttura amministrativa pubblica e sulla valorizzazione delle figure già elaborate dalla giurisprudenza, dalla dottrina e dai frammentati interventi del legislatore.

Ciò è confermato anche da quanto stabilito nell'articolo 3, laddove si afferma che le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società per azioni e a responsabilità limitata, prevedendo per quest'ultima, che nell'atto costitutivo e nello statuto bisogna contemplare la nomina dell'organo di controllo o di un revisore e che la revisione legale non può essere affidata al collegio sindacale. Rispetto allo schema originario, il decreto legislativo ha esteso la partecipazione pubblica anche alle società per azione consortili e alle società a responsabilità limitata, che assumano la veste di società cooperative.

Viene, quindi, fatto salvo il principio per cui l'amministrazione possa continuare a fare uso di alcune delle società disciplinate nel codice civile; il che lascia aperto il problema di fondo che ha agitato il tema dell'azionariato pubblico sin dal suo primo apparire, ossia se l'uso pubblico di società commerciali possa stravolgerne la causa tipica e la finalità di lucro, affermando, così, il principio della neutralità delle forme giuridiche soggettive .

Viene in rilievo, altresì, l'articolo 4, laddove stabilisce che le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi ad 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.

Viene da chiedersi se tale norma sia sufficiente a far ritenere possibile il sacrificio, a favore dell'interesse pubblico, della remuneratività del servizio che si intende creare. A meno che non si voglia assegnare alla disposizione la funzione di limitare semplicemente il ricorso all'azionariato da parte delle amministrazioni, vietando ciò che forse era pacifico anche prima, ossia che non si può partecipare o creare società al solo scopo di perseguire utili, come un qualunque operatore del mercato.

Fondamentale ai fini della ricostruzione del sistema è la disposizione contenuta nell'art. 5, laddove stabilisce che l'atto deliberativo della costituzione di una società a partecipazione pubblica deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento di finalità istituzionali e deve indicare le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, sia in ordine alla convenienza economica sia alla sostenibilità finanziaria, in considerazione della possibilità di destinazioni alternative delle risorse pubbliche impegnate, nonché della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

In tale fase del procedimento è preponderante il ruolo affidato alla Corte dei conti che, sulla scorta dell'articolo 20 del decreto, può formulare rilievi a tutto campo e spingere il controllo fino al sindacato della compatibilità della scelta con il piano di razionalizzazione dell'assetto complessivo delle società a partecipazione pubblica.

Del decreto legislativo sui servizi pubblici locali, è particolarmente significativa non solo l'indicata disposizione che giustifica il servizio pubblico solo laddove c'è l'insufficienza del settore privato a garantirne la produzione, ma soprattutto quella possibile lettura della medesima norma che sembra posporre l'istituzione alla impossibilità di imporre, da parte dell'amministrazione, obblighi di servizio pubblico a carico di tutte le imprese che operano nel settore del mercato di riferimento.

Naturalmente, diventa centrale la disposizione (art. 7) che disciplina le modalità di gestione del servizio, laddove utilizza i collaudati modelli dell'affidamento indiretto a società mista o mediante concessione, previo esperimento della procedura ad evidenza pubblica; nonché quelli dell'affidamento diretto *in house*, della gestione in economia o mediante azienda speciale, vietando l'uso di questi ultimi due modelli per la gestione dei servizi a rete, al chiaro fine di immettere nel mercato la gestione della rete anche quando l'amministrazione ne conserva la proprietà. Particolarmente significative sono le disposizioni che impongono all'amministrazione la motivazione sulla scelta dell'affidamento *in house* o della gestione mediante aziende speciali, che deve dare conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato; ed in particolare del fatto che la scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini, anche in relazione ai costi *standard*, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché l'ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Gli articoli da 6 a 10 del decreto riguardano i principi fondamentali sull'organizzazione e gestione delle società a controllo pubblico. Nell'ambito della ricca disciplina, ai nostri fini, vanno ricordate le norme che impongono la contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali; la predisposizione di programmi di valutazione di rischio aziendale; la possibilità di emanare regolamenti interni e codici comportamentali degli imprenditori nei confronti dei consumatori; i programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione Europea; la competenza in materia degli organi principalmente rappresentativi dello Stato e degli enti locali; l'uso di procedure competitive per l'individuazione del socio privato; l'inefficacia del contratto di acquisto della partecipazione in assenza o in caso di invalidità dell'atto deliberativo; la classificazione delle società partecipate sulla base di indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi e molte altre.

La figura dell'organismo di diritto pubblico non viene nemmeno ricordata e rimane disciplinata nel codice dei contratti pubblici, a ulteriore riprova che essa assume ragione e limite nel settore dell'evidenza pubblica, in funzione di salvaguardia dei principi di diritto comunitario, anche rispetto a figure soggettive che abbiano una qualche colorazione pubblica.

Come si vede, anche questa normativa si muove in perfetta assonanza con quella dettata per le società a partecipazione pubblica.

La breve rassegna serve come base per dimostrare che - nonostante la presenza nell'ordinamento di una normativa generale, pur non sottacendosi l'importanza di talune norme di dettaglio - la gestione viene affidata ad una pluralità di modelli, peraltro già utilizzati, nonostante la passata frammentazione delle norme di riferimento.

2. La nuova normativa non sembra aver creato un modello generale, definibile <<ente pubblico in forma societaria>>. Tuttavia, essa consente, una volta per tutte, di concentrare in una pluralità di modelli ben definiti forma privata e sostanza pubblica.

La materia presenta forti analogie con il contratto ad oggetto pubblico, dove pure i vari tipi che compongono la categoria sono costruiti sul grado di compenetrazione tra provvedimento e negozio. Forse è il caso che la dottrina sperimenti l'inclusione in esso del contratto di società posto a base dei vari modelli societari in cui si articola l'organizzazione dei servizi pubblici.

È utile fornire il quadro generale in cui essa si inserisce.

In linea di principio non si dubita più della perfetta compatibilità ad utilizzare l'azionariato pubblico per raggiungere finalità di carattere generale, né del fatto che il legislatore può fare uso disinvolto dei vari tipi di società di capitali per raggiungere fini e scopi non lucrativi.

L'affermarsi del principio della neutralità delle forme giuridiche soggettive si è avuto a seguito della cosiddetta <<detipizzazione>> dell'ente pubblico, unitamente ai fenomeni delle privatizzazioni e delle esternalizzazioni dei servizi pubblici. Questo ha indotto il legislatore ad intervenire su singole società a partecipazione pubblica in maniera caotica e disordinata, determinando non solo la nascita di società di diritto speciale, ma addirittura facendo emergere delle vere e proprie società di diritto singolare, come è stato notato in dottrina.

In altri termini, la dottrina aveva sempre dovuto escludere l'esistenza di una categoria unitaria delle società a partecipazioni pubbliche e prendere atto che l'unico elemento certo era la presenza di capitale pubblico in società disciplinate dal codice civile, che, in quanto tali, aspiravano ad imporre il loro regime giuridico rispetto a quello che governava la soggettività pubblica. L'assenza di un diritto comune aveva generato il campo dei diritti speciali e dei diritti singolari, come pure è stato osservato.

Il campo era dominato da due filoni fondamentali: il primo, in base al quale l'esigenza di garantire interessi pubblici aveva comportato la necessità di superare lo scopo lucrativo delle società commerciali, diventate quindi uno strumento neutro utilizzabile per finalità diverse, con la conclusione che la presenza dell'interesse pubblico portava alla configurazione di una società diversa da quella contemplata dal codice civile; il secondo, in base al quale la scelta dell'amministrazione di avvalersi della società commerciale comportava anche quella di sottoporsi al regime societario privatistico e quindi la necessità di perseguire il fine di lucro, indispensabile per tutelare i soci privati, che non possono vedersi sacrificata la remuneratività del loro investimento.

Nel primo filone si inserisce la giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel secondo quella della Corte di cassazione.

Non è il caso di ripetere qui le argomentazioni svolte a favore dell'una o dell'altra tesi.

Ai nostri fini, dei tanti robusti argomenti contrapposti, interessano, da un lato, quello in base al quale la finalità pubblica sarebbe compatibile con lo scopo lucrativo, dovendosi ritenere, soprattutto dopo la riforma del diritto societario del 2003, che l'interesse sociale non abbia una connotazione omogenea unitaria, in quanto confluiscono nell'assetto non solo interessi eterogenei che fanno capo agli stessi soci, ma anche interessi diversi, riferibili a soggetti terzi; dall'altro, quello in base al quale la società di capitali del codice civile non può essere considerata neutra nemmeno rispetto ai fini perseguiti da coloro che la costituiscono, essendo rigidamente caratterizzata dal fatto che il fine deve essere lucrativo, ossia naturalmente predisposta all'acquisizione e alla ripartizione dell'utile tra i partecipanti.

Sicché viene in rilievo la democrazia degli azionisti e, dunque, il potere di decisione della maggioranza, proporzionato al rischio, ivi compreso il potere di controllo e di autotutela della minoranza, che non può mai essere privata del rispetto dell'interesse lucrativo comune.

È il caso di segnalare una recente sentenza del Consiglio di Stato (VI, 17 luglio 2016 n. 3043), che, a proposito dell'applicabilità alle università libere della normativa sulla trasparenza, ha ritenuto che l'individuazione dell'ente pubblico va fatta sulla base di criteri non statici e formali, ma dinamici e funzionali, in quanto uno stesso soggetto può avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e può, invece, averne un'altra ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica. Questo, per i giudici di Palazzo Spada, non contrasta con l'indicata legge n. 70 del 1975, <<in quanto alla base della qualificazione funzionale di ente pubblico ci deve essere sempre un fondamento normativo da cui derivano, per quell'ente, obblighi e doveri, oppure prerogative e poteri, di natura pubblicistica>>.

A riprova della natura <<cangiante>> dell'ente pubblico, il supremo giudice amministrativo esibisce l'esempio dell'organismo di diritto pubblico; del gestore del servizio pubblico rispetto alla disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi; delle società strumentali o titolari di funzioni amministrative esternalizzate, sottoposte alle norme del procedimento amministrativo; delle società a controllo pubblico rispetto all'obbligo di reclutare personale nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

Nell'importante sentenza viene espressamente citato lo schema del decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica.

In conclusione, l'impressione è che il decreto legislativo, pur senza aver creato un modello unitario di società a partecipazione pubblica, renda possibile la conciliazione delle due posizioni contrapposte.

5. Anzitutto, la semplice presenza di una normativa generale in materia neutralizza l'argomento - utilizzato dalla Cassazione per rinvenire nel codice civile la normativa e i modelli societari di riferimento - in base al quale non si può costituire un ente pubblico, comunque denominato, se non in base alla legge, così come statuisce l'articolo 4 della legge 20 marzo 1970 n. 75.

Ora, infatti, la legge esiste ed è essa il riferimento normativo principale; e solo quando la disciplina ivi dettata è insufficiente bisogna attingere dal libro quinto del codice civile e, in particolare, dalla normativa dettata dall'articolo 2249 del codice civile sulle partecipazioni pubbliche.

Tuttavia, bisogna vedere che tipo di assetto societario ne viene fuori.

In secondo luogo, il mancato inserimento da parte del legislatore di un modello unitario consente ancora di ritenere che l'interesse pubblico non ha la forza di alterare il tipo societario. Sembra, pertanto, possibile la configurazione, attraverso lo strumento statutario, di una società diversa da quelle contemplate dal codice civile, salvo il limite invalicabile della economicità (cosa diversa dalla lucratività), che diventa una regola necessaria a governare, trasversalmente, sia l'attività amministrativa di diritto privato sia l'attività negoziale dei privati.

A proposito dell'organizzazione del servizio pubblico bisogna distinguere il momento della costituzione della società, o dell'acquisto di partecipazioni in società già costituite, dal momento dell'assunzione e gestione del servizio pubblico. Essi sono collegati, nel senso che normalmente si costituisce la società per affidargli la gestione del servizio, il che porta a ritenere che la società nasca già con un 'vincolo di scopo'.

Inoltre, il primo corno della vicenda si poggia su due istituti: l'atto deliberativo di costituzione della società e la costituzione della società medesima, sicché il momento dell'assunzione del servizio e quello della gestione finiscono con l'essere intimamente collegati.

L'atto deliberativo si inserisce in un procedimento amministrativo molto articolato, laddove si prevede una istruttoria, una decisione ed un controllo da parte della Corte dei conti. Tuttavia la funzione più importante è quella, apparentemente nascosta, di legittimare la struttura amministrativa a procedere alla fase più propriamente negoziale, che comprende la costituzione della società e l'affidamento ad essa del servizio. Essa è una vera e propria autorizzazione, in cui vengono fissati vincoli, modalità operative e poteri, al pari di quanto accade nell'attività imprenditoriale privata svolta in forma associativa.

Tale istituto presenta forti analogie con l'autorizzazione diretta al responsabile del procedimento che intenda procedere alla costituzione di un accordo procedimentale, ai sensi dell'art. 11, comma 4 bis, della legge generale sul procedimento amministrativo. Ritorna, dunque, l'indicato richiamo del contratto ad oggetto pubblico anche a proposito del contratto di società a partecipazione pubblica .

Ai nostri fini, l'attenzione va concentrata sull'esercizio della discrezionalità riguardante la scelta del modello societario cui affidare il servizio, in quanto, proprio a tal proposito, si intrecciano i limiti interni ed esterni della discrezionalità amministrativa, che si deve muovere nell'ambito dell'atto deliberativo, e quelli derivanti dalla rigidità del sistema societario disegnato dal codice civile.

Sono stati già indicati i punti su cui si deve articolare l'atto deliberativo, che deve riguardare non solamente la scelta della costituzione, ma anche del tipo di società cui affidare il servizio.

Il modello verrà scelto in base al rapporto di "vicinanza" che si intende istituire tra la società privata e la struttura amministrativa e, quindi, in base al maggiore o minore coinvolgimento degli operatori privati del settore, dopo averne verificato l'impossibilità di affidare il servizio direttamente ad essi.

Il punto è molto importante, in quanto nel nuovo sistema la scelta di organizzare il servizio pubblico da parte dell'amministrazione deve scaturire da una necessità del mercato, laddove, appunto, nessun operatore privato è disponibile a farlo, e, quindi, solo quando sorge la necessità di investire fondi pubblici - attinti dalla fiscalità generale - per far fronte alle esigenze specifiche degli utenti della collettività organizzata. Tuttavia, non si può organizzare il servizio ad ogni costo, ma solo ove vi siano concrete possibilità di coprire i costi con i ricavi; ed è questa la fondamentale differenza con il sistema precedente.

Sicché, il limite vero in cui il responsabile del procedimento si trova ad operare ed il cui superamento esalta massimamente le sue doti manageriali, riguarda il fatto che deve organizzare il servizio nel segno della economicità, con il rischio di fallimento, laddove gli operatori privati hanno giudicato non conveniente assumerlo in proprio (c.d. fallimento del mercato), con l'ulteriore onere di coinvolgerli comunque, lasciando loro intravedere possibilità di guadagno. Inoltre, la possibilità di guadagno deve fondarsi sul meccanismo per cui essa aumenta con l'aumentare dell'efficienza del servizio.

Forse anche in questo caso vale sottolineare il ruolo del responsabile del procedimento nella formazione degli accordi sostitutivi, ossia che la fase della costituzione della società destinata a diventare affidataria di un servizio pubblico diventa il centro delle relazioni giuridiche amministrative consensuali, atteso che essa comprende in sé anche il contratto, in questo caso di società, qualora vengano regolamentati profili generatori di obbligazioni senso tecnico: in proposito è utile il richiamo all'art. 29 della legge generale sul procedimento amministrativo.

A tal proposito si inserisce la scelta del tipo di società privata che si intende costituire o in cui si vuole entrare in qualità di socio pubblico.

3. Questo sembra essere il quadro generale esibito dal decreto legislativo al momento della sua approvazione.

Occorre ora passare in rassegna i momenti più qualificanti del dibattito successivo, dove, oltre a interventi di dottrina in scritti e convegni, va segnalata in primo luogo la sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016.

Nello scorso novembre la consulta ha dichiarato incostituzionale la c.d. legge Madia, perché, in relazione ad alcuni decreti delegati (tra cui anche quello riguardante le società a partecipazione pubblica), non aveva previsto la necessaria "intesa" con le regioni, ma soltanto il "parere". La stessa Corte aveva indicato, unitamente al Consiglio di Stato con parere n. 83 del 17 gennaio 2017, la strada dei decreti correttivi per assicurare la prosecuzione del processo di riforma, anche perché la dichiarazione d'incostituzionalità era stata circoscritta alle sole disposizioni della legge delega n. 124 del 2015, escludendo che si potessero estendere alle disposizioni attuative.

Diligentemente, il governo ha predisposto il decreto correttivo del testo unico sulle partecipate, stavolta dopo aver indetto la Conferenza Unificata per favorire l'intesa.

Lo schema è stato inviato al Consiglio di Stato per il relativo parere, così come era avvenuto per il decreto legislativo originario.

Il Consiglio di Stato ha emesso il parere, recante il n. 638 del 14 marzo 2017, dopo aver costituito una commissione speciale.

Nell'importante documento, il Consiglio di Stato afferma che il decreto correttivo non dovrebbe limitarsi ad attuare la sentenza della Corte costituzionale, ma anche introdurre tutte le modifiche necessarie per risolvere incertezze e per favorire l'attuazione pratica delle norme originarie. Mette in rilievo la carenza circa il monitoraggio dei principali problemi emersi dopo l'entrata in vigore della riforma.

Pertanto, il parere non fornisce soltanto indicazioni relative alle norme del correttivo, ma anche su quelle norme che non vengono modificate dallo schema e che invece avrebbero richiesto un intervento alla luce delle incertezze emerse nella prassi, non mancando di sottolineare le disfunzioni prevedibili sin dall'emanazione del parere sullo schema originario (n. 968 del 2016).

Molti sono i rilievi. Di essi vanno segnalati:

la perdurante criticità, evidenziata già nel primo parere sullo schema di testo unico, di attribuire al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di escludere singole società dall'applicazione della riforma, con un semplice provvedimento amministrativo, violandosi così il principio di legalità, non essendovi nessun richiamo nella legge di delega;

ancor più grave criticità si registra laddove si intende estendere, stavolta con il correttivo, tale potere derogatorio anche ai presidenti delle regioni, consentendo a una autorità regionale di derogare, con un suo provvedimento, a una disciplina statale generale propria dell'ordinamento civile, in violazione dell'art 117, comma 2 lett. l) della Costituzione;

l'incertezza sul riparto tra giudice civile e il giudice contabile sulla responsabilità degli amministratori delle società partecipate, proponendo di distinguere gli ambiti con maggiore chiarezza per evitare possibili sovrapposizioni;

l'esigenza di rendere effettivo il principio di "fallibilità" delle società pubbliche raccordandone la disciplina con la norma del testo unico che impone alle amministrazioni locali partecipanti di accantonare nel bilancio un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato delle società in house; misura che eliminerebbe in radice la possibilità per tali società il fallire e che potrebbe risolversi anche in un indebito aiuto di Stato;

la necessità di pervenire ad una riunificazione della disciplina delle società in house, essendovi delle difformità tra la disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici e quella contenuta nel testo unico, raccomandando di chiarire meglio le modalità di scelta del socio privato;

l'opportunità di specificare l'applicabilità del codice dei contratti pubblici anche agli acquisti di beni e servizi da parte delle società pubbliche;

l'importanza cruciale del ruolo del Ministero delle attività produttive contro le elusioni dalla riforma, su cui andrebbero irrobustiti poteri di intervento anche nella fase transitoria di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche attuali entro il 30 giugno 2017.

Infine, il Consiglio di Stato mette in rilievo "la grande rilevanza di queste disposizioni per l'effettivo successo dell'intera riforma", per le quali "andrebbe ulteriormente rafforzata, con particolare riferimento alle operazioni in questione, la funzione di controllo e monitoraggio".

L'ultima notazione di cui sopra consente di ricordare anche il parere n. 192 del 22 febbraio 2017, richiesto al Consiglio di Stato da parte dell'ANAC, riguardante il monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico dei contratti di partenariato pubblico privato.

Infatti, nonostante il documento sia stato redatto in attuazione dell'articolo 181, comma 4 del decreto legislativo n. 50 del 2016, ribadisce principi di carattere generale, in particolare il fatto che quel contratto deve essere definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico dipenda dall'effettiva fornitura del servizio utilizzabilità dell'opera. Il volume dei

servizi erogati in corrispondenza della domanda è in ogni caso dal rispetto ai livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante.

Orbene, nonostante l'articolo 17, ultimo comma, del decreto legislativo sulle società a partecipazioni pubbliche stabilisca che non si applicano le norme del decreto legislativo n. 50 del 2016, purché ricorrano determinate condizioni, vale il principio, sia per le concessioni sia per le società a partecipazione mista, in base al quale le amministrazioni debbono sempre fornire adeguata motivazione in riferimento, non solo al perseguimento delle finalità istituzionali, ma anche in riferimento alla convenienza economica e alla sostenibilità finanziaria, tenendo conto anche della possibilità di destinazioni alternative delle risorse pubbliche impegnate.

Alla fin fine sia la società mista sia il contratto partenariato sono solo strumenti giuridici da utilizzare alla luce del suddetto principio.

Riprendendo la rassegna, l'intesa in conferenza unificata è stata successivamente raggiunta il 16 marzo 2017, in base ad una proposta limitativa congiunta delle regioni e degli enti locali, rispetto alla quale il governo non ha accolto solamente l'emendamento sui controlli di cui all'articolo 6, comma 3.

Attualmente, per il definitivo completamento del procedimento, mancano i pareri delle commissioni parlamentari, fermo restando che il decreto correttivo dovrà essere adottato entro il termine di un anno dall'entrata in vigore del testo unico, ai sensi dell'articolo 16, comma 7, della legge n. 124 del 2015.

Il presente convegno cade in un momento particolare, ossia quando vi è un vero e proprio cantiere aperto, e forse per questo può avere una qualche utilità anche pratica.

I punti che sono stati oggetto di discussione in sede di conferenza unificata hanno riguardato la costituzione di nuove società partecipate o l'acquisizione di nuove partecipazioni e il mantenimento di partecipazioni in società esistenti. A tal proposito l'intesa raggiunta ha consentito di introdurre una nuova ipotesi di deroga relativamente a società che producono servizi di interesse economico generale (anche oltre l'ambito territoriale della collettività di riferimento, in deroga all'articolo 4, comma 2, del testo unico), purché si tratti di servizi economici di interesse generale a rete e il mantenimento, in questo caso, della piena applicazione del criterio di dismissione per l'ipotesi di perdite registrate nei 4 anni degli ultimi 5 esercizi.

Tuttavia, il tema più importante ha riguardato la possibilità per il presidente della regione, sia pure con riferimento alle sole partecipazioni regionali, di adottare un decreto che deroga dall'applicazione del testo unico, quando ciò sia richiesto particolari situazioni.

Tale previsione, che si intende introdurre tramite il decreto correttivo nonostante le riserve espresse il parere del Consiglio di Stato, è diretta a salvaguardare l'autonomia organizzativa delle regioni.

Altro tema di grande importanza, pure emerso in quella circostanza, ha riguardato la potestà delle regioni e degli enti locali nella nomina degli amministratori.

Ha riguardato sia il profilo quantitativo della determinazione del numero degli amministratori sia quello della loro retribuzione.

A tal proposito va ricordato quanto dispone l'articolo 11 del testo unico, secondo cui l'organo amministrativo delle società a controllo pubblico è di norma costituito da un amministratore unico, anche se si può derogare alla regola a certe condizioni.

A tal proposito è utile ricordare che, mentre il testo originario rimetteva la definizione dei criteri ad un decreto del presidente del consiglio dei ministri, il decreto correttivo prevede che la decisione sia rimessa direttamente all'assemblea della società soggetta a controllo pubblico. La decisione dovrà essere comunque motivata in base a ragioni di adeguatezza organizzativa, tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi.

Le regioni potranno, nell'esercizio della propria potestà legislativa, rendere maggiormente cogenti determinati obblighi in materia.

La soluzione appare più che ragionevole.

Per quanto riguarda il profilo attinente la retribuzione, che trova la sua disciplina del comma 6 dell'articolo 11, va ricordato che l'originaria disposizione rimetteva la determinazione (in cinque fasce retributive in base ad indicatori qualitativi e quantitativi) a un decreto del ministro dell'economia, previo parere delle commissioni parlamentari.

Lo schema di decreto correttivo sembra invece stabilire che per le società controllate dalle regioni ed enti locali il decreto potrà essere adottato solo previa intesa da raggiungere in sede di conferenza unificata.

Altre questioni emerse riguardano procedure di razionalizzazione delle partecipazioni societarie. Nello schema originario, si prevedeva, all'articolo 24, una revisione straordinaria in fase di prima attuazione ed una procedura di razionalizzazione ordinaria, all'articolo 20.

Per quanto riguarda la revisione straordinaria, il decreto correttivo prevede che l'originario termine di sei mesi sia posticipato al 30 settembre 2017. Entro il termine di un anno successivo alla ricognizione si dovrà, inoltre, procedere all'alienazione della partecipazione e la mancata adozione dell'atto di cognitivo della mancata alienazione comporta che il socio pubblico non potrà più esercitare i diritti sociali, con il conseguente obbligo di alienazione o di liquidazione della propria partecipazione.

Sono sorti molti problemi di diritto intemporale, generati dal fatto che allo stato attuale, fino all'approvazione del decreto correttivo, vi sarebbe un breve periodo in cui l'inadempimento si sarebbe verificato e quindi dovrebbero applicarsi le relative sanzioni.

Per quanto riguarda la razionalizzazione ordinaria, in sede di intesa, sono stati applicati anche i vincoli che imponevano la dismissione o un accorpamento delle partecipazioni.

Il decreto correttivo interverrà anche in materia di personale delle società partecipate. In particolare, le regioni e gli enti locali hanno ottenuto l'accoglimento delle proprie richieste di consentire il riassorbimento del personale delle società partecipate, proveniente da pubbliche amministrazioni assunto per pubblico concorso, con un trattamento economico non peggiorativo rispetto a quello dei dipendenti della pubblica amministrazione.

Da fonti giornalistiche si apprende, altresì, che presso le sedi governative è in discussione il tema del controllo congiunto da parte di più amministrazioni.

Sul tema si era espresso Consiglio di Stato con parere n. 594 del 2014, nel quale si era ritenuto che il controllo si realizzava non solo mediante accordi tra le pubbliche amministrazioni, ma anche in base a comportamenti paralleli, purché gli organi decisionali della società controllata fossero composti da rappresentanti delle pubbliche amministrazioni. Questa innovativa visione era in contrasto con l'impostazione civilistica dominante, che invece, avendo sempre considerato il controllo congiunto un'eccezione, ritiene che essa debba essere sempre formalizzata in un patto parasociale.

Parimenti, è in discussione la riformulazione della norma che ritaglia la giurisdizione del giudice contabile da quello ordinario.

Secondo parte della dottrina andrebbe ripristinato l'originario testo dell'articolo 12, e comunque sarebbe opportuno precisare che il danno qualificabile come erariale è solo quello subito dai soci pubblici 'direttamente' e non anche quale riflesso del danno subito dal patrimonio sociale; e questo deve riguardare anche le società in house.

Certamente tutti i temi passati in rassegna attendono una sistemazione definitiva con l'approvazione del decreto correttivo.

Prof. Gianpiero Paolo Cirillo

Presidente di sezione del Consiglio di Stato

Coordinatore dell'Ufficio studi della Giustizia amministrativa