



# AZIENDA TRASPORTI FUNICOLARI MALCESINE - MONTE BALDO

*Azienda Speciale E.L. Provincia di Vr. Comune di Malcesine e C.C.I.A.A. di Vr*



## Atti del Convegno del 27 ottobre 2017

**“Il ruolo degli enti locali nelle società partecipate  
alla luce del T.U. (d. lgs. n. 175/2016)”**



*Con la pubblicazione degli atti del convegno, che si è svolto il giorno 27 ottobre 2017, presso la Sala Industria della Camera di Commercio I.A.A. di Verona, l'Azienda Trasporti Funicolari Malcesine Monte Baldo intende portare il suo contributo tecnico al fine chiarire per quanto possibile i perimetri giuridici in cui le aziende partecipate possono muoversi.*

*Gli interventi legislativi stratificati negli anni hanno disegnato un dedalo intricato di norme e definizioni in cui è facile smarrire il filo d'Arianna, disegnando un quadro difficile e pieno d'insidie che ci ha spinto più volte a porci domande regolarmente destinarie di risposte evasive e incerte.*

*La nostra analisi continua nella consapevolezza di ricercare strumenti, assetti e procedure che ci permettano di agire con piena cognizione avendo ben presente che nel labirinto dei sofismi e delle sovrapposizioni normative rimane il problema principale nelle aziende: come operare. E' questo il vero problema: si devono prendere decisioni, indirizzi ogni giorno, ogni ora, potremmo dire, e farlo in una situazione di incertezza non è sicuramente un buon viatico.*

*Abbiamo creduto opportuno organizzare il convegno per portare la nostra esperienza di analisi e comparazione, volta a definire l'ambito operativo, per ridurre il più possibile i margini d'incertezza, pur consapevoli che l'argomento non può essere esaurito in qualche ora.*

*Auspichiamo pertanto che questo primo approccio alla tematica ci abbia fatto intravedere una traccia, cui altre seguiranno a illuminare un percorso operativo tutt'altro che facile.*

*Colgo l'occasione per ringraziare la Camera di Commercio di Verona per la disponibilità mostrata nella organizzazione dell'evento e i relatori per aver accettato l'invito a farsi carico di illustrare ed approfondire temi che, talvolta, risultano di difficile comprensione anche per gli esperti del settore. Chi intendesse contattare gli accademici e i professionisti intervenuti possono scrivere direttamente al seguente indirizzo di posta elettronica: [atfverona@funiviedelbaldo.it](mailto:atfverona@funiviedelbaldo.it).*

*Il Presidente  
Cav. Daniele Polato*



## **Gli enti locali e le società partecipate: un rapporto complesso, finalizzato alla produzione e all'erogazione di servizi di interesse generale**

### Alceste Santuari \*)

Con i pareri n. 968 del 21 aprile 2016 e n. 1075 del 3 maggio 2016, formulati nell'ambito dell'esercizio delle funzioni consultive, il Consiglio di Stato, rispettivamente, si era espresso sullo schema di decreto legislativo recante "Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica" e sulla schema di decreto legislativo recante "Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale".

Il Consiglio di Stato ha riconosciuto che il decreto sulle società a partecipazione pubblica è volto a fornire un impulso importante ad una riforma organica del settore delle società partecipate.

E' utile segnalare che i pareri del Consiglio di Stato si collocano in un percorso di revisione dell'ordinamento giuridico relativo alle società partecipate e dei servizi di interesse generale di rilevanza significativa per l'azione e gli interventi degli organismi partecipati degli enti locali.

Forse può essere opportuno ricordare che il disegno riformatore giunge dopo che:

- ) il referendum di giugno 2011 aveva abrogato l'art. 23-bis, d.l. 112/2008, convertito in l. 133/2008 e il conseguente regolamento attuativo (dpr 168/2010);
- ) l'art. 4, d.l. 138/2011, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148, aveva tentato di riformare (di nuovo) la materia dei servizi pubblici locali, in funzione pro concorrenziale;
- ) la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012 ha dichiarato illegittimo l'art. 4 di cui sopra, atteso che esso ripristinava nell'ordinamento giuridico una norma abrogata con il referendum;
- ) la sentenza n. 199/2012 ha ridato spinta agli enti locali nell'impiego della formula dell'in house providing;
- ) l'art. 1, comma 561, l. 147/2013 ha abrogato l'art. 14, comma 32, d.l. 78/2010;
- ) l'art. 1, comma 611, l. 190/2014 ha disciplinato i processi di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica.



L'art. 18, L. 7 agosto 2015, n. 124, recante deleghe al Governo per la riforma della Pubblica amministrazione, ha indicato che "il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza". Si tratta di una previsione normativa che deve implementarsi nel rispetto di una serie di principi e criteri direttivi, tra cui "ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; applicazione dei principi della presente lettera anche alle partecipazioni pubbliche già in essere" (comma 1, lett. b).

Nel nuovo quadro normativo gli enti locali mantengono la loro autonomia decisionale, che contempla l'obbligo per gli stessi di procedere ad una razionalizzazione periodica delle partecipazioni societarie con l'obbligo di rilevare le società che risultino prive di dipendenti o che abbiano un numero di membri del consiglio di amministrazione superiore a quello dei dipendenti (cfr. art. 20, lett. b dello schema di decreto sulle società a partecipazione pubblica). La bozza mantiene in quest'ottica un criterio operativo che non esclude, anzi pare presupporre, l'esercizio di un adeguato e motivato apprezzamento da parte dell'ente locale.

Come è noto, a seguito della legge delega del 2015, il Governo ha approvato il T.U. sulle società a partecipazione pubblica (d. lgs. n. 175/2016). Il T.U. sulle società partecipate, così come integrato e corretto dal d. lgs. n. 100 del 2017, al netto delle critiche che hanno accompagnato la sua approvazione e quelle che ancora accompagnano la sua implementazione, ha il pregio di offrire – dopo decenni di stratificazione di normative settoriali e di interpretazioni non sempre lineari e coerenti – un quadro normativo di riferimento caratterizzato da una discreta dose di certezza. La certezza giuridica, non soltanto nel comparto delle società partecipate e degli enti locali, costituisce elemento imprescindibile per azioni efficaci, efficienti e sostenibili.

Dall'intervento riformatore è lecito attendersi una stagione di rinnovato protagonismo degli enti locali territoriali, i quali, anche attraverso forme aggregative e sinergie organizzative, potranno invero assolvere alle loro funzioni istituzionali attraverso strumenti societari che, semplificati e chiariti nella loro configurazione giuridica, potranno apportare significativi benefici nell'erogazione dei servizi a favore dei cittadini.



## AZIENDA TRASPORTI FUNICOLARI MALCESINE - MONTE BALDO

Gli atti che seguono sono il risultato delle analisi che professionisti ed esperti del settore delle società pubbliche hanno accettato di svolgere, al fine di contribuire ad una migliore comprensione di un comparto in sé molto complesso e articolato che, tuttavia, costituisce un fenomeno affatto trascurabile nell'economia complessiva di un territorio e di un Paese.

Molti sono i profili di analisi e di interesse del T.U.: le relazioni che seguono analizzano soltanto alcuni dei molteplici aspetti che caratterizzano l'azione degli enti locali e delle società partecipate, ritenuti maggiormente pregnanti e strategici per gli enti locali.

Questi ultimi, come ben evidenziato nel contributo di Michele Nico, svolgono contestualmente diverse funzioni: quella di socio, quella di committente, quella di finanziatore/pagatore e quella della verifica/controllo. E nello svolgimento di queste funzioni essi assumono responsabilità affatto marginali, non soltanto di natura erariale, ma anche civilistica (si pensi per tutte, al rischio di fallimento che, proprio ai sensi del T.U., anche le società in house, possono incorrere).

Nell'ambito delle responsabilità che sono previste in capo alle società partecipate rientra anche quella relativa all'individuazione delle corrette ed adeguate procedure per l'acquisto dei beni e dei servizi necessari per lo svolgimento della propria attività. Ma qual è il quadro normativo in cui le società partecipate provvedono all'approvvigionamento dei servizi e delle forniture funzionali alla loro attività? A questa domanda, risponde, in modo efficace ed esauriente, il contributo di Giangiuseppe Baj, il quale svolge una disamina articolata delle disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici e applicabili alle società in partecipazione pubblica, richiamando anche le deroghe previste dall'ordinamento.

Altro profilo di estremo interesse per l'attività e gli interventi delle società pubbliche, che presenta uno stretto legame con l'azione di programmazione degli enti locali soci, riguarda il personale impiegato nelle società in parola. Il contributo di Giampaolo Perdonà offre un'analisi compiuta delle modalità necessarie per procedere al reclutamento del personale nelle società partecipate e delle norme previste dal d. lgs. n. 175/2016 riguardanti la mobilità di quel personale.

Le società partecipate, in ragione delle specifiche funzioni pubbliche che l'ordinamento ad esse attribuisce, nell'ambito dello specifico rapporto che intercorre tra le medesime e gli enti locali, sono chiamate ad implementare misure e procedure volte ad assicurare, da un lato, una gestione trasparente ed efficiente delle risorse impiegate e, dall'altro, una efficace tutela per quanti sono incaricati del management e dell'amministrazione delle società in parola. Tra le misure che, soprattutto, in epoca recente le società partecipate hanno adottato rientra il c.d. "modello 231", così come integrato dalle disposizioni previste dalla l. n. 190/2012 in materia di anticorruzione.



In quest'ottica, il contributo di Piergiorgio Schena approfondisce gli obblighi derivanti dal d. lgs. n. 231/2001, evidenziando, in particolare, la necessità che le società in partecipazione pubblica si dotino di adeguati modelli di responsabilità amministrativa, capaci, in particolare, di contenere le misure di contrasto ai fenomeni corruttivi, considerando le proprie organizzazioni specifiche, evitando di mutuare schemi e modelli astratti, che si possono, in ultima analisi, mostrare incapaci di funzionare quali strumenti efficaci di protezione giuridica.

L'intricata materia dei servizi pubblici locali e, quindi, delle società incaricate di organizzare ed erogare tali servizi, costituisce tradizionalmente un terreno fertile di dibattito e di scontro tra i sostenitori del libero mercato contro i difensori del c.d. "socialismo municipale".

Non essendo questa la sede per i dovuti approfondimenti, riteniamo opportuno segnalare che, in primis, si debba muovere dalla consapevolezza che le società a partecipazione pubblica sono chiamate ad operare in comparti "sensibili" per i cittadini e per il loro "benessere" complessivo. Sensibilità e specificità che sia l'ordinamento eurounitario (si pensi alle Direttive del 2014) sia l'ordinamento giuridico italiano riconoscono quali elementi e condizioni che possono giustificare un "trattamento" normativo speciale.

In questo senso, rifiuti, gas, acqua, luce, trasporti et similia costituiscono servizi di pubblica utilità, necessariamente collegati alle scelte politiche delle amministrazioni locali. Queste, allora, debbono poter disporre anche di strumenti giuridico-organizzativi che permettano loro di monitorare, controllare, valutare e finanche di incidere sui risultati di gestione delle società affidatarie dei servizi pubblici locali.

Le relazioni che seguono – riteniamo – possano aiutare a comprendere la specificità di cui sopra.

---

\*)

*Prof. Alceste Santuari: Docente di Partenariati Pubblico-Privati nell'Alma Mater – Università di Bologna*



## **Il rapporto tra gli enti locali e le società partecipate: potenzialità e responsabilità.**

Michele Nico \*)

Secondo gli ultimi dati pubblicati dall'Istat, nel 2015 le partecipate a livello nazionale sono 9.655, in calo del 2,1% sul 2014. Aumenta il numero dei dipendenti: sono 882.012 (+4,3%). Restano ancora quasi 2.000 società senza dipendenti, e 1000 società sono inattive. Il 23,5% delle società chiude con bilanci in perdita.

Si tratta di notizie che non possono lasciare indifferenti, e che rimandano a una visione più generale del panorama italiano, con la solita domanda di fondo: qual è il quadro odierno dei rapporti tra i Comuni e le società partecipate?

Tutti ricordiamo il DL 24 aprile 2014, n. 66, accompagnato dalla promessa del Governo Renzi di ridurre il numero delle partecipate da 8.000 a 1.000 nel giro di un triennio, come in Francia, con forti economie di scala e risparmi a regime per le finanze pubbliche in crescente difficoltà. Una promessa disattesa, ed è importante tentare di comprenderne le ragioni.

Al DL n. 66/2014 ha fatto seguito il piano predisposto in data 7 agosto 2014 dal Commissario straordinario Cottarelli, che ha indicato una drastica ricetta per lo sfalcio delle partecipate, puntando il dito contro la pleora di inutili "micropartecipazioni" comunali, le "scatole vuote" e le innumerevoli società pubbliche con reiterate perdite di bilancio.

La pressione su questo tema si è ulteriormente accentuata con la relazione del giugno 2014 sugli organismi partecipati (Sezione Autonomie, delibera n. 15/SEZAUT/2014/FRG), ove la magistratura contabile ha fatto il punto sull'esternalizzazione di servizi in Italia, senza fare mistero del fatto che la gestione delle società partecipate è divenuta un nodo cruciale nel coordinamento della finanza pubblica anche a causa dell'incapacità dimostrata dal legislatore di elaborare un sistema normativo idoneo a fronteggiare la criticità della situazione.

In coda a tali eventi, è ben vero che poi la legge di stabilità 2015 ha raccolto alcune sollecitazioni del Piano Cottarelli, ma senza imporre tuttavia agli Enti locali percorsi obbligati di razionalizzazione delle partecipate sul territorio, con la conseguenza che il riordino di tale settore pubblico è ancora, si può dire, in alto mare.

Eppure soltanto qualche anno fa sembrava che il corpus legislativo dei servizi locali si fosse progressivamente consolidato in un quadro giuridico definito, grazie alla riforma organica introdotta dall'art. 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133, il cui testo dapprima era stato messo a punto con alcune modifiche e poi completato con l'emanazione dello strumento regolamentare di cui al Dpr 7 settembre 2010, n. 168, salutato dai più quale efficace caposaldo idoneo a rendere chiare e certe le regole del gioco.



## AZIENDA TRASPORTI FUNICOLARI MALCESINE - MONTE BALDO

Nel contesto giuridico ora tratteggiato, il referendum del 12 giugno 2011 ha sortito l'effetto di un terremoto, che ha completamente raso al suolo un impianto normativo da poco costruito e non ancora collaudato.

Il quesito referendario sottoposto al voto, infatti, puntava a scardinare non soltanto, come certi slogan della propaganda elettorale hanno fatto credere ("Giù le mani dei privati dall'acqua!"), il meccanismo giuridico preposto alla privatizzazione della gestione del servizio idrico, ma anche la normativa di carattere generale che, a regime, avrebbe imposto ai Comuni l'obbligo di affidare la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica con gara a evidenza pubblica.

In esito al referendum del 2011 si è dunque generato un vuoto normativo che ha spazzato via ogni riferimento utile per regolare l'esercizio dell'attività organizzativa e gestionale dei servizi pubblici, fatta salva l'inconfondibile stella polare costituita dai principi generali del diritto comunitario sugli affidamenti in house.

A fronte di ciò, il legislatore non ha tardato a porre rimedio alla situazione con le nuove regole introdotte dagli artt. 4 e 5 del Dl n. 138 del 13 agosto 2011, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148 – in seguito ritoccate con la legge di stabilità 2012 –, innovando obiettivi, metodi e contenuti dell'azione amministrativa prescritta dalla precedente disciplina.

Con l'avvento del 2012 si è levato in Italia, con inaspettata veemenza, il vento della liberalizzazione, che con le sue raffiche non ha esitato a scuotere l'intera economia nazionale, per cambiarne il volto e il ritmo di sviluppo.

Il frutto di tali cambiamenti è stato raccolto dal Dl n. 1/2012 convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27 che ha compiutamente delineato la nuova disciplina organica dei servizi locali, per darne puntuale e sistematica applicazione sul territorio.

In tale contesto articolato ha fatto irruzione la sentenza n. 199 del 20 luglio 2012, con cui la Consulta ha espunto dall'ordinamento giuridico l'art. 4 del Dl n. 138/2011 sopra citato, ovvero l'asse portante del sistema normativo che avrebbe dovuto traghettare la gestione dei servizi pubblici locali dall'atavico regime di monopolio alla concorrenza del mercato, mediante un processo di liberalizzazione scandito da termini stringenti, entro cui gli enti locali – sulla base di complesse analisi di mercato e mediante l'adozione di un'apposita delibera quadro – avrebbero dovuto liberalizzare le attività economiche, oppure, in alternativa, procedere all'attribuzione di diritti di gestione in esclusiva.

Dopo il tentativo (fallito) di liberalizzare il mercato dei servizi pubblici locali e dopo la successiva breve stagione della privatizzazione (anch'essa tentata, ma non riuscita) delle società partecipate, il legislatore ha cambiato nuovamente rotta, nell'affannosa ricerca di soluzioni per assicurare al sistema amministrativo della Pa – e alla costellazione di organismi partecipati che gravitano nella sua orbita – l'agognato approdo agli obiettivi di contenimento e riduzione della spesa pubblica.





## AZIENDA TRASPORTI FUNICOLARI MALCESINE - MONTE BALDO

La legge di stabilità 2014 (legge n. 147 del 23 dicembre 2013), con l'aggregato dei commi dal 550 al 569 dell'unico articolo 1, smonta pezzo per pezzo il mosaico delle dismissioni societarie, con le seguenti importanti novità:

- il comma 561 abroga l'art. 14, comma 32, del Dl n. 78/2012, convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122, cioè il divieto di costituire società ex novo a carico dei Comuni minori, e l'obbligo di dismissione delle società in perdita entro il 30 settembre 2013;
- il comma 562 abroga l'art. 4 del Dl n. 95/2012, convertito in legge n. 135/2012, nella parte in cui si prevedeva l'obbligo degli enti di chiudere le società strumentali entro il 31 dicembre 2013;
- *dulcis in fundo*, lo stesso comma 562 abroga l'art. 9 del medesimo Dl n. 95/2012, là dove esso prevedeva:
  - ✓ l'obbligo per le amministrazioni locali di sopprimere o accorpare enti, agenzie e organismi di qualsiasi natura giuridica che esercitano le funzioni fondamentali e amministrative attribuite agli Enti territoriali, con l'obiettivo di attuare una riduzione degli oneri finanziari in misura non inferiore al 20 per cento;
  - ✓ il divieto "di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative" conferite agli Enti locali dalla carta costituzionale.

Quali strumenti intende impiegare oggi il legislatore, per evitare il ritorno al fenomeno incontrollato dell'esternalizzazione di servizi, che ha attirato in passato gli strali della Corte dei Conti, preoccupata della sistematica elusione dei vincoli di finanza pubblica e del patto di stabilità interno, messa in atto subdolamente da una buona parte delle autonomie locali?

Non è facile rispondere a questa domanda, perché la problematica sottesa al quesito è molto più complessa di quanto non possa sembrare a prima vista.

Secondo il "rapporto sulle partecipazioni pubbliche (dati anno 2014)", pubblicato dal Dipartimento del Tesoro nel novembre 2016, le partecipazioni sarebbero 48.896, con ulteriori 44.384 partecipazioni non dichiarate, che portano il totale delle partecipazioni a quota 93.280.

Ecco la ragione della svolta legislativa: per porre un freno alla proliferazione delle società partecipate indirettamente dalla Pa, si è passati dal blando obbligo di ricognizione societaria di cui all'art. 3, comma 27 della legge 244/2007 al comma 611 della legge 190/2014 e, infine, al dlgs 175/2016, con una logica di razionalizzazione sempre più rigorosa e stringente, fino a comminare pesanti sanzioni (fino a 500 mila euro) per gli enti soci inadempienti agli obblighi di legge.



## AZIENDA TRASPORTI FUNICOLARI MALCESINE - MONTE BALDO

Da questo punto di vista, il dlgs 175/2016 non solo ha riassunto in testo unico la disciplina per le società partecipate, ma ha accentuato le responsabilità del socio pubblico.

Non è un caso che molte Amministrazioni locali – anche con dimensioni medio/piccole – si stiano oggi orientando verso la costituzione di un ufficio di controllo per società partecipate, come spesso raccomandato dalla Corte dei Conti in sede consultiva.

Nessuno si immaginava questo punto di arrivo all'indomani della legge 142/1990, il cui art. 22 ha per la prima volta inaugurato la previsione dello strumento societario in mano pubblica.

Nella cornice più sopra descritta si è generato un processo di esternalizzazione di funzioni e servizi, che ha visto il Comune trasformarsi da un ente “erogatore” a soggetto “regolatore” di SPL, con il compito di:

- elaborare le strategie e la programmazione unitaria delle partecipate;
- monitorare il grado di efficienza, economicità ed efficacia della gestione, mediante un apposito sub-sistema di controlli interni
- monitorare la qualità dei servizi erogati con customer satisfaction.

Una tappa fondamentale del processo di graduale responsabilizzazione del socio pubblico è stato il DL 174/2012, che ha introdotto l'art. 147 e seguenti del Tuel, assegnando tra l'altro all'ente socio i seguenti compiti:

- a) controllo sui soggetti esterni – stato di attuazione di indirizzi e obiettivi gestionali
- b) controllo sui servizi erogati, con l'impiego di metodologie dirette a misurare la soddisfazione degli utenti esterni e interni dell'Ente.

A questo riguardo la Corte dei conti con deliberazione n. 903/2012/ INPR del 9 novembre 2012 della sez. controllo per il Veneto, nel fornire indicazioni agli Enti locali della Regione per la verifica del bilancio di previsione 2012 alla luce del d.l. n. 174/2012, non ha esitato a dedicare un ampio spazio proprio ai rapporti con le società partecipate, al fine di garantire in sede locale una sana gestione finanziaria, mediante il rispetto degli equilibri di bilancio e dei vincoli previsti in materia di indebitamento.

In tale delibera il giudice contabile ha proposto un'interpretazione per così dire “largamente estensiva” del nuovo art. 147-quer del Tuel, sostenendo che gli obblighi di controllo qui previsti devono essere sin d'ora osservati da tutti gli Enti locali, non già in base a un espresso dettato normativo, bensì in ragione delle incombenze che gravano sull'ente, per il solo fatto di essere socio pubblico del relativo organismo partecipato.

In questa prospettiva, a parere della Corte ogni Ente locale socio deve fattivamente adoperarsi, secondo la propria autonomia organizzativa, per effettuare:



- a) un costante ed effettivo monitoraggio sull'andamento della società, con una verifica costante della permanenza dei presupposti valutativi che hanno determinato la scelta partecipativa iniziale;
- b) tempestivi interventi correttivi in relazione a eventuali mutamenti che intercorrano, nel corso della vita della società, negli elementi originariamente valutati.

Lo scopo di tale monitoraggio, secondo la magistratura contabile veneta, è quello di prevenire fenomeni patologici e ricadute negative sul bilancio dell'ente, e presuppone in re ipsa un'azione preventiva di verifica e controllo, da parte del Comune, in merito alle attività svolte dalla società.

A riprova di ciò, la sezione veneta rileva che gli obblighi di controllo in capo all'Ente locale socio "assumono particolare importanza in presenza di gestioni connotate da risultati negativi, che, soprattutto se reiterati, impongono all'Ente di valutare la permanenza di quelle condizioni di natura tecnica e/o di convenienza economica nonché di sostenibilità politico-sociale che giustificarono (o che comunque avrebbero dovuto giustificare), a monte, la scelta di svolgere il servizio e di farlo attraverso moduli privatistici".

L'interpretazione estensiva del suddetto art. 147-quater, che senza dubbio traspare dalla delibera n. 903/2012, non è un'opinione da sottovalutare, né un assunto destinato a restare privo di conseguenze pratiche per gli enti operanti sul territorio.

Sostenere, infatti, che il monitoraggio sulle partecipate e i controlli analitici sulla loro gestione sono incombenze vincolanti per tutti gli Enti locali, altro non significa che elevare il grado di responsabilità che a questi ultimi compete, proprio in qualità di soci pubblici.



Da tutto ciò si può ricavare, in estrema sintesi, il seguente quadro di adempimenti a carico dell'ente locale titolare di partecipazioni societarie:

### **LE INCOMBENZE DEL SOCIO PUBBLICO**

- a) Nomina degli amministratori (in Assemblea o ex art. 2449 c.c.)
  - b) Osservanza degli eventuali patti parasociali
  - c) Verifica del rispetto degli adempimenti previsti a carico delle società ex lege e/o da atti amministrativi della PA
  - d) Monitoraggio della gestione societaria, nelle diverse forme:
    - ex ante, orientato all'analisi del piano industriale e del budget
    - concomitante attraverso report periodici economico/finanziari sullo stato di attuazione del budget e dei programmi
    - ex post attraverso l'analisi del bilancio
  - e) Analisi e controllo sul valore delle partecipazioni, per compiere scelte più adeguate di investimento e di razionalizzazione
- All'Ente socio spetta poi il controllo di efficacia sui servizi affidati:
- ex ante, in sede di definizione del contratto di servizio
  - concomitante, mediante report periodici sullo stato di attuazione degli obiettivi previsti nei contratti di servizio e nei piani industriali
  - ex post, con la valutazione degli standard quali-quantitativi, la customer satisfaction e la relazione sulla gestione del Cda

Non ci si può nascondere che questo sistema di incombenze ha registrato difficoltà di coordinamento e controllo del gruppo pubblico locale dovute a molti fattori, e in particolare:

#### **A) UN QUADRO ORGANIZZATIVO ARTICOLATO**

- eterogeneità dei soggetti gestori (aziende speciali, società, istituzioni, ecc.)
- eterogeneità dei servizi pubblici erogati (da natura industriale al non profit)
- eterogeneità di adempimenti e funzioni dell'Ente (definizione indirizzi, contratti di servizio, e tariffe, controllo di qualità dei servizi, controllo dati di bilancio, controlli ispettivi, ecc.)



## B) CARENZA DI RISORSE UMANE

Secondo l'ultimo rapporto annuale pubblicato dalla Ragioneria generale dello Stato, risulta che:

- Con blocco del turn over e stretta sui pensionamenti l'età media dei dipendenti pubblici ha toccato i 50 anni (+ 6 anni rispetto al 2001);
- l'83 % dei dipendenti della Pa supera i 40 anni, mentre il 3,1 % (ossia 101.693 lavoratori) ha meno di 30 anni;
- gli ultrasessantenni (372.932 unità) superano di molto i dipendenti con meno di 35 anni, che sono 260.065.

A fronte di ciò, la legge di stabilità 2016 si è limitata a ribadire la necessità di riorganizzazione della macrostruttura (gli enti devono provvedere “alla ricognizione delle proprie dotazioni organiche dirigenziali secondo i rispettivi ordinamenti, nonché al riordino delle competenze degli uffici dirigenziali, eliminando eventuali duplicazioni” (articolo 1, comma 221, della legge 208/2015).

Queste difficoltà hanno spesso indotto gli enti a lasciare in mano alle partecipate non solo la gestione, ma anche gli strumenti di programmazione, controllo e rendicontazione dei servizi pubblici locali.

Va anche detto che a fronte di queste criticità, una ulteriore forma di responsabilizzazione del Socio pubblico è l'istituzione dell'albo delle stazioni appaltanti che operano in house.

Si tratta di una misura che riguarda la gran parte delle imprese pubbliche affidatarie di servizi pubblici locali, che sul territorio nazionale raggiungono ben il 78 per cento delle gestioni.

Secondo l'art. 192 del dlgs 50/2016, per garantire pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici l'ANAC istituisce un elenco delle stazioni appaltanti che eseguono affidamenti diretti alle proprie società in house.

L'iscrizione all'elenco, secondo modalità e criteri definiti dall'ANAC, consente di attuare affidamenti diretti all'organismo strumentale, fermo restando l'obbligo di pubblicazione degli atti ex dlgs 33/2013.

Se l'affidamento riguarda servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, l'ente deve effettuare una previa valutazione di congruità sull'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione.



## AZIENDA TRASPORTI FUNICOLARI MALCESINE - MONTE BALDO

Nella delibera di affidamento, l'ente deve motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato, dando conto dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, riguardo agli obiettivi di efficienza, economicità e qualità del servizio (= ottimale impiego delle risorse pubbliche).

L'Autorità ha istituito l'albo delle amministrazioni aggiudicatrici con la delibera n. 235 del 7 marzo 2017, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 61 del 14 marzo 2017.

Con tutta evidenza, l'iscrizione è prevista per il Comune (e non per la società in house), in quanto l'ente – secondo la ratio legis del codice civile – è il dominus e il soggetto promotore dell'attività d'impresa.

A margine di queste note si può concludere che il legislatore attende al varco gli enti soci al difficile banco di prova che li attende.

L'esame ha per oggetto l'esercizio delle funzioni di socio pubblico con la finalità di impiegare le risorse della collettività secondo la logica del "bonus pater familias", puntando alla gestione efficiente dei servizi pubblici e a una adeguata remunerazione del capitale investito.

---

\*)

*Dott. Michele Nico: Responsabile Direzione Aziende Speciali e Partecipate Comune di Verona*



## **Gli appalti di servizi e forniture: una leva per rafforzare l'efficienza gestionale degli organismi partecipati**

*Giangiuseppe Baj \*)*

### ***Società pubbliche: “deroghe” al modello civilistico***

Le società pubbliche si caratterizzano per essere strutturate, sul piano dell'assetto organizzativo, in modo compatibile con il tipo societario disciplinato dal codice civile.

Si tratta di società che mantengono la loro natura privata essendo pubblico soltanto il soggetto che partecipa ad esse.

L'ordinamento di settore, nel corso degli anni, con disposizioni generali e particolari, ha introdotto una serie di “deroghe” con norme imperative di diritto privato e pubblico che, pur non alterando il tipo societario, hanno condotto all'elaborazione di un peculiare regime giuridico.

a) Le “deroghe” di diritto privato hanno riguardato l'organizzazione e l'attività.

In sintesi, per quanto attiene all'organizzazione, sono state previste stringenti forme di incidenza del socio pubblico nella governance societaria, mentre in ordine all'attività è stata codificata una “deroga” al modello civilistico al fine di vincolare l'attività d'impresa, in coerenza al principio di legalità, al perseguimento di uno scopo pubblico.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, del resto, ha affermato che sussiste compatibilità tra “scopo pubblico” e “scopo lucrativo”. Lo strumento della società è, infatti, utilizzato anche nel diritto civile per il conseguimento di scopi non lucrativi: il riferimento è non solo alla disciplina dell'impresa mutualistica (artt. 2511 e ss. cc.), ma anche alla disciplina dell'impresa sociale, qualificata come organizzazione che esercita un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale diretta a realizzare finalità di interesse generale (art. 1 del D.lgs. n. 155/2006).

L'interesse pubblico non è, pertanto, idoneo ad alterare il tipo societario.

Ciò posto, venendo alla natura dell'attività posta in essere dalle società pubbliche per il perseguimento della finalità sopra indicata, è sufficiente evidenziare come l'esistenza di mercati non pienamente liberalizzati o caratterizzati da monopoli o oligopoli giustifica l'imposizione di obblighi di servizio di interesse economico generale a tutela degli utenti, i quali in assenza dell'intervento regolatorio dell'Amministrazione pubblica e, in primis, dello Stato, non potrebbero ricevere quella determinata prestazione. In questi casi l'attività deve dunque svolgersi nel rispetto degli obblighi di servizio.



b) Le “deroghe” possono anche essere di diritto pubblico e prevedere l’applicazione del regime di diritto amministrativo.

Sul piano generale, l’art. 29 della L. n. 241(1990) prevede che le norme sul procedimento si applicano anche alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all’esercizio delle funzioni amministrative. Non trovano, pertanto, applicazione solo i principi generali dell’attività amministrativa (art. 1 comma 1 ter della L. n. 241/1990) ma anche puntuali regole procedurali.

Sul piano specifico, assumono poi rilievo le norme che disciplinano i contratti pubblici. In particolare, il D.lgs. n. 50/2016 dispone che l’impresa pubblica, per ragioni legate alla peculiare conformazione del mercato, deve ritenersi “enti aggiudicatore”, con la conseguenza che, ai soli fini della stipulazione di un contratto di appalto pubblico, pone in essere attività amministrativa che si articola nelle fasi del procedimento di scelta del contraente.

In secondo luogo, vengono in rilievo le norme di diritto pubblico di scelta del socio nelle società pubbliche miste. Al riguardo, secondo la giurisprudenza amministrativa, affinché si possa giustificare l’affidamento diretto del servizio ad una società mista, è necessario che detto socio venga scelto all’esito di una procedura di gara c.d. “a doppio oggetto”, finalizzata contestualmente all’acquisizione della partecipazione societaria e all’assegnazione del contratto di appalto.

### ***Impresa pubblica, società in house, società mista: regole dell’evidenza pubblica e deroghe***

La nozione di impresa pubblica (art. 3, co. 1, lett. t, D.lgs. n. 50/2016) è incentrata sul concetto di “influenza dominante”, esercitata dalle amministrazioni pubbliche controllanti, oggetto di presunzione in presenza di presupposti tipizzati, ricorrenti alternativamente o cumulativamente:

- detenzione della maggioranza pubblica della partecipazione societaria;
- controllo pubblico della maggioranza dei voti;
- designazione pubblica di più della metà dei membri del consiglio di amministrazione o di vigilanza.

L’impresa pubblica è “ente aggiudicatore”, soggetta all’ambito applicativo del codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 50/2016) solo se esercita una o più attività nei settori speciali del gas ed energia termica, elettricità, acqua, trasporti, porti ed aeroporti, servizi postali, estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o altri combustibili solidi (artt. 3, co 1, lett. e, 115-121, D.lgs. n. 50/2016 cit.).

Più in particolare, la nozione di “ente aggiudicatore” riferita alle imprese pubbliche (art. 3 co. 1, lett. e, D.lgs. n. 50/2016):

- per un verso, si correla a quella di “società a controllo pubblico” delineata dall’art. 2 co. 1, lett. m), D.lgs. n. 175/2016 (tale, infatti, è la società in cui una o più





amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo nelle ipotesi previste dall'art. 2359 c.c., oppure nei casi in cui sia richiesto l'unanime consenso delle parti pubbliche controllanti ai fini delle decisioni finanziarie e gestionali strategiche secondo norme di legge, clausole statutarie o patti parasociali);

- per altro verso, prescinde dalle qualificazioni relative alla natura giuridica (pubblica o privata) del soggetto: ciò al fine di evitare che, mediante l'impiego di forme privatistiche, si possano aggirare le norme imperative di scelta del contraente poste a presidio delle libertà europee (cfr. parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 968 del 21 aprile 2016 reso sullo schema di decreto recante il testo unico in materia di partecipazione delle società pubbliche, confluito nel D.lgs. n. 175/2016).

Per quanto attiene, invece, alle società in house (artt. 4, co. 4, 16, D.lgs. n. 175/2016; artt. 5, co. da 1 a 5, 192, D.lgs. n. 50/2016), opera una deroga al principio dell'evidenza pubblica, potendo le stesse risultare affidatarie dirette di contratti pubblici nei rapporti con le amministrazioni pubbliche controllanti. Tali società restano comunque soggette alla regola della "gara" nei rapporti con i terzi ai quali affidare lavori, servizi, forniture (art. 16 co. 7, D.lgs. n. 175/2016 cit.).

In relazione alle società miste (artt. 5 co. 9, D.lgs. n. 50/2016; artt. 4, co. 2 lett. c, 17, D.lgs. n. 175/2016), esse sono sottratte alle regole dell'evidenza pubblica per la realizzazione dell'opera o per la gestione del servizio per le quali sono state costituite allorché ricorrano inderogabilmente le seguenti condizioni:

- a) non siano organismi di diritto pubblico (art. 3 co. 1, lett. d, D.lgs. n. 50/2016);
- b) il socio privato sia scelto in esito a procedure ad evidenza pubblica e sia qualificato alla prestazione per la quale la società sia costituita (regola della "gara a doppio oggetto" di elaborazione giurisprudenziale);
- c) l'opera o il servizio siano realizzati direttamente dalla società per oltre il 70% del relativo importo (il residuo può essere affidato a terzi senza gara).

### ***Autonomia regolamentare in tema di procedure ad evidenza pubblica***

L'art. 36 co. 8 del D.lgs. n. 50/2016 attribuisce alle imprese pubbliche operanti nei settori speciali autonomia regolamentare nella disciplina delle procedure di affidamento degli appalti sotto la soglia di rilevanza europea.

A titolo di esemplificazione, costituiscono esplicazione della potestà regolatoria anzidetta le modalità di espletamento delle indagini di mercato, la formazione e la gestione degli elenchi di operatori economici, i criteri di rotazione degli stessi, le modalità di verifica dei requisiti generali sull'affidatario, la portata dell'obbligo motivazionale negli affidamenti diretti, le ipotesi nelle quali prescindere dalla previa determina a contrarre.



Inoltre, l'art. 77 co. 13 del D.lgs. n. 50/2016 esclude le imprese pubbliche operanti nei settori speciali dall'ambito applicativo della disciplina ordinaria in tema di composizione e funzionamento della commissione di gara, con la conseguenza che a detti enti non è preclusa l'adottabilità di atti di natura regolamentare che contemplino distinte modalità operative e autonomi criteri di scelta dei commissari.

Giova, infine, rilevare che l'art. 114 co. 8 del D.lgs. n. 50/2016, nello stabilire quali disposizioni ordinarie siano applicabili in materia di esecuzione degli appalti speciali, non richiama l'art. 102 del D.lgs. n. 50/2016 (collaudo e verifica di conformità), con l'ulteriore corollario che la relativa disciplina può essere compendiata in previsioni regolamentari con le quali le imprese pubbliche, in qualità di enti aggiudicatori, dettino i criteri per l'individuazione del direttore dell'esecuzione del contratto, le funzioni ad esso attribuibili e le modalità istruttorie preordinate all'accertamento della conformità delle prestazioni rese rispetto alle prescrizioni contrattuali.

### ***Autonomia contrattuale***

L'art. 106 comma 1 lett. a) del D.lgs. n. 50/2016 in tema di modifica ai contratti in corso di esecuzione, applicabili anche agli appalti speciali e, quindi, alle imprese pubbliche, contempla la possibilità di inserire ex ante nei documenti di gara e, in particolare, nei capitolati d'oneri, clausole contrattuali, chiare, precise e univoche, di carattere opzionale e varia natura: quantitativa (es. predeterminata misura percentuale massima di incremento del fabbisogno di fornitura o servizio rispetto a quello stimato), economica (es. clausole di revisioni dei prezzi, che nell'attuale sistema ordinamentale risultano facoltative), temporale (es. durata prevista di due anni più altri due all'esito di una valutazione riservata all'ente in merito all'opportunità di prosecuzione del rapporto), qualitativa (es. clausole di aggiornamento tecnologico).

Resta fermo che il rilievo economico di tali clausole deve essere stimato ai fini del computo del valore complessivo dell'appalto.

Due ultime annotazioni.

L'art. 114 comma 8 del D.lgs. n. 50/2016 in tema di esecuzione dei contratti di appalto speciali, non richiama la disciplina ordinaria prevista dall'art. 109 in ordine al recesso, sicché le imprese pubbliche conservano il diritto potestativo di scioglimento anticipato dal contratto non condizionato al pagamento della c.d. penale di recesso, pari al decimo dell'importo delle forniture o dei servizi non eseguiti, trattandosi di istituto non operante ex lege (salva contraria volontà dell'ente).



## AZIENDA TRASPORTI FUNICOLARI MALCESINE - MONTE BALDO

L'art. 133 comma 1 del D.lgs. n. 50/2016 in tema di garanzie nei contratti di appalto speciali, non richiama gli art. 93 e 103 in materia, rispettivamente, di garanzia di partecipazione alla procedura e garanzia definitiva, per cui la scelta e la modulazione delle corrispondenti polizza costitutive è rimessa all'autonoma scelta dell'impresa pubblica in veste di ente aggiudicatore.

---

\*)

*Avv. Giangiuseppe Baj: Avvocato amministrativista specializzato in contrattualistica pubblica*



## *La riforma delle società partecipate: aspetti di interesse lavoristico*

Giampaolo Perdonà \*)

### **1. Le norme di riferimento ed il loro contenuto.**

Le norme di impatto lavoristico contenute nel DLvo n. 175 del 2016 sono, più direttamente, quella dell'art. 19 e, complementariamente, quelle dell'art. 24, comma 9 e dell'art. 25.

Esse, molto sinteticamente, stabiliscono quanto segue.

#### **1.1. L'art. 19 (gestione del personale)**

- Il primo comma conferma una sorta di dato di fatto già acquisito, ossia l'assetto per cui *“Ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del cod. civ.”* - oltre che le - *“leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi comprese quelle in materia di ammortizzatori sociali”* (nota bene: per controllo si intende, a sensi dell'art. 1, co. 1, lett. b) del DLvo in argomento, la ricorrenza delle situazioni previste dall'art. 2359 del codice civile, ossia quelle per cui una società socia abbia a *“disporre della maggioranza dei voti esercitabili, nell'assemblea ordinaria”* di cui si tratti, ovvero abbia a disporre *“di voti sufficienti per esercitare un'efficace dominanza nell'assemblea ordinaria”* della società stessa, od, infine, eserciti *“un'influenza dominante, ... in virtù di particolari vincoli contrattuali”* sulle società ridette); e per società a controllo pubblico - a sensi della lett. m) - del medesimo co. 1, dell'art. 2 del DLvo in parola, invece, si intendono le società in cui una o più pubbliche amministrazioni esercitino poteri di controllo a sensi della già evocata lett. b) dello stesso comma 1).

- Il secondo comma prevede che le società a controllo pubblico debbano adottare provvedimenti di tipo regolamentare, disciplinanti criteri e modalità per il reclutamento del personale, in ciò uniformandosi ai principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità (di derivazione comunitaria) oltre che a quelli posti dall'art. 35, comma 3, del DLvo n. 165/2001 (norma dedicata al reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni).

Lo stesso secondo comma prevede inoltre che, qualora le società in argomento non abbiano a dotarsi di provvedimenti di tal fatta, ad esse si applichi, direttamente, il disposto dell'art. 35, comma 3, del DLvo n. 165/2001.

- Il comma 3 stabilisce che i provvedimenti di cui sopra abbiano ad essere pubblicati nel sito istituzionale della società, pena l'applicazione a carico dei soggetti che a tanto non provvedano delle sanzioni previste dal DLvo n. 33/2013, agli artt. 22,



comma 4, 46 e 47, comma 2 (ossia delle sanzioni quivi stabilite, in tema di violazione delle apposite norme in tema di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa).

- Il comma 4 prevede che i contratti di lavoro stipulati dalle società a controllo pubblico, senza che esse si siano adeguate all'obbligo posto dal comma 2, ovvero in spregio alle procedure loro imposte dallo stesso comma 2, sono nulli.

Lo stesso comma 4 prevede peraltro che ai rapporti di lavoro in questione si applichi l'art. 2126 del codice civile.

Il comma 4 mantiene ferma altresì la giurisdizione del giudice ordinario a conoscere della validità dei provvedimenti e delle procedure inerenti al reclutamento del personale delle società a controllo pubblico.

- Il comma 5 impone alle amministrazioni che controllino le società pubbliche in parola l'obbligo di impartire ad esse direttive puntuali, a cadenza annuale e pluriennale, sulla cui scorta si disciplini il contenimento della spesa per il personale, se del caso in termini di riduzione degli oneri contrattuali e di contingentamento delle assunzioni, tenuto anche conto dei divieti di legge, inerenti all'assunzione del personale, cui debbano sottostare le ridette società pubbliche partecipate.

- Il comma 6 stabilisce che le società partecipate dal pubblico, o meglio, controllate dal pubblico, si conformino alle direttive ad esse impartite dall'amministrazione di controllo e che esse debbano, nel caso tocchi dar luogo al contenimento degli oneri contrattuali, procurarne il recepimento nella apposita contrattazione di secondo livello.

- Il settimo comma prevede che i provvedimenti di recepimento delle direttive degli enti di controllo nei contratti di secondo livello di cui sopra debbano essere pubblicati sul sito istituzionale, pena l'irrogazione a carico di coloro che omettano i correlati adempimenti delle sanzioni stabilite dagli artt. 22, comma 4, 46 e 47, comma 2, del DLvo n. 33/2013.

- Il comma 8 prevede che, nel caso in cui una pubblica amministrazione titolare di partecipazione di controllo in una società si reimpossessi delle funzioni già trasferite a detta società, prima di poter procedere all'assunzione di un nuovo personale, sia tenuta al riassorbimento del personale posto alle dipendenze di tale società, alla condizione che il personale medesimo sia stato al tempo assunto a tempo indeterminato da una pubblica amministrazione.

La stessa norma prevede che l'operazione in argomento avvenga mediante applicazione delle procedure di mobilità di cui all'art. 30 del Dlvo n. 165/2001, nei limiti in cui però risultino posti vacanti nelle corrispondenti dotazioni organiche ed



alla condizione che l'amministrazione interessata sia ammessa alla assunzione di nuove spese in materia di personale, a termini dell'ordinamento generale.

- Il comma 9 stabilisce che la previsione dell'art. 1, commi da 565 a 568, della legge n. 147/2013 (previsione relativa alla gestione delle eccedenze, nel regime previgente) si applichino solo alle procedure in corso alla data dell'entrata in vigore del DLvo 175/2016 (ossia alla data del 23.9.2016).

### **1.2. L'art. 24 (revisione straordinaria delle partecipazioni)**

La norma indicata in rubrica, al comma 9, stabilisce che, esclusivamente con riguardo alle società a controllo pubblico interessate dai processi di cui al primo comma dello stesso art. 24, ovvero ai commi 1 e 2 dell'art. 20, allorchè cessino appalti, o concessioni, ad esse "intestati/e", i rapporti di lavoro interessatine si trasferiscono in capo alle imprese subentranti, a sensi dell'art. 2112 del codice civile.

### **1.3. L'art. 25 (disposizioni transitorie in materia di personale)**

- Il primo comma dell'art. 25 stabilisce che le società in controllo pubblico debbano effettuare, entro 6 mesi dall'entrata in vigore del DLvo n. 175/2016, una ricognizione del personale in servizio, al fine di appurare eventuali eccedenze.

Lo stesso comma dispone che le risultanze di dette verifiche vengano trasmesse alla Regione di riferimento, secondo modalità da stabilire ad opera di apposito Decreto Ministeriale.

- Il 2° comma prevede che le regioni facilitino processi di mobilità interessanti i lavoratori inseriti negli elenchi a ciò formati; il tutto, secondo modalità stabilite da apposito Decreto Ministeriale (lo stesso citato dal comma 1).
- Il comma 3 prevede che, trascorsi sei mesi dalla data di trasmissione degli elenchi in parola, allorchè non si sia dato luogo a ricollocamento del personale inseritovi, le Regioni "passino" l'elenco stesso all'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro, che gli elenchi in argomento, di lì in poi, gestisce.
- Il comma 4 prevede che le società a controllo pubblico non possano assumere personale, fino al 30.6.2018, se non attingendo, secondo le modalità previste da DM di cui sopra, agli elenchi in discorso.
- Il comma 5 prevede che solo allorchè le società in parola debbano assumere personale (provvisto di competenze peculiari) non inserito negli elenchi di cui sopra, esse possano essere autorizzate dalla Regione ad avviare le procedure di selezione e reclutamento previste dall'art. 19 (autorizzazioni, e successive assunzioni, consentite peraltro solo entro l'anno successivo alla data di trasmissione alle Regioni degli elenchi ridetti, dato che, dopo la scadenza di tale anno, le autorizzazioni in parola sono concesse dall'Agenzia nazionale per le politiche attive



del lavoro).

- Il comma 6 prevede che i contratti di lavoro stipulati a dispetto di quanto sopra, circa la necessità di attingere agli elenchi in parola, siano nulli di diritto.

Lo stesso comma prevede che gli amministratori i quali dispongano assunzioni contro la regola come sopra fissata compiono gravi irregolarità, a sensi dell'art. 2409 del codice civile (suscettibili dunque d'apposita denuncia al Tribunale).

- Il comma 7, infine, stabilisce che la disposizione relativa all'obbligo di rilevare l'entità del personale in servizio ed eventuali eccedenze non si applichi a carico delle società a prevalente capitale privato, di cui all'art. 17 del DLvo n. 175/2016, che producano servizi d'interesse generale e che nei tre ultimi esercizi commerciali abbiano prodotto un risultato positivo (il citato art. 17 è dedicato alla disciplina delle società a partecipazione mista pubblico privata).

#### **1.4.1. Lo schema di decreto ministeriale attuativo dell'art. 25**

Lo schema di decreto in argomento, rispetto al quale si è raggiunta apposita intesa con la "Conferenza unificata" in data 21.9.2017, fissa, per quanto piu' interessa, le seguenti regole.

- Il comma 1 dell'art. 2 prevede che le società a controllo pubblico debbano effettuare la ricognizione del personale in servizio, evidenziando eventuali eccedenze, entro il 30 settembre 2017 e che, entro i successivi 60, giorni esse dichiarino dette eccedenze (al fine della formazione degli appositi elenchi).
- Il comma 2 dell'art. 2 dispone che, entro il 10.12.2017, le società in parola forniscano comunicazione delle eccedenze rilevate alle RSA costituite ed alle rispettive associazioni di categoria.
- Il comma 3 dell'art. 2 stabilisce che le comunicazioni di cui sopra (da formalizzarsi per iscritto) debbano indicare i motivi dell'eccedenza, il numero del personale eccedente, la collocazione aziendale di ciascun interessato, la categoria, la qualifica ed il livello di inquadramento del personale stesso, oltre che di quello abitualmente impiegato.
- Il comma 4 dell'art. 2 prevede che, a partire dal 20.12.2017, le società in parola debbano trasmettere alle regioni, dopo aver raccolto il consenso dei singoli interessati, i dati che concernono il personale eccedente, distinguendoli tra generalità anagrafiche, estremi contrattuali, data di assunzione, tipologia di contratto, CCNL applicato, categoria, qualifica e livello di inquadramento, esperienza professionale, ragioni dell'eccedenza.
- Il comma 2 dell'art. 3 prevede che i lavoratori che cessino dal rapporto di lavoro vengano cancellati dagli elenchi, salvo che per quanto concernente i lavoratori che siano licenziati per ragioni di carattere oggettivo, in senso stretto, i



quali vengono espunti dagli elenchi in parola solo una volta assunti a tempo indeterminato, o a tempo determinato, per durata superiore ai sei mesi.

- Il comma 1 dell'art. 4 prevede che le società in discorso non possano assumere nuovo personale, a tempo indeterminato, almeno fino al 30 giugno 2018, se non attingendo dagli elenchi dei lavoratori eccedenti.
- Il comma 2 dell'art. 4 prevede invece che qualora le società in parola debbano assumere personale dalla professionalità infungibile con quella di tutti gli iscritti negli elenchi in parola, esse possano essere autorizzate dall'ente che gestisce gli elenchi ridetti ad assumere, prescindendo dagli elenchi stessi.

### **1.5. Le norme transitorie e le abrogazioni.**

L'art. 27 prevede che l'art. 18 del D.L. n. 112/2008 subisca modifica, nel senso per cui ne rimane in vigore esclusivamente il comma 2 bis (il cui dettato viene peraltro riferito ad aziende speciali ed istituzioni); verosimilmente per un refuso, l'art. 28 del D.L.vo in parola, alla lettera g) dispone purtuttavia l'abrogazione integrale del testè citato art. 18.

## **2. Possibili profili di incostituzionalità delle norme in oggetto.**

Vi è, in dottrina, chi ha indicati possibili profili di incostituzionalità delle norme delle quali si è sopra riferito.

- In primo luogo, un profilo di incostituzionalità del compendio normativo in oggetto potrebbe stare in un eccesso di delega del legislatore delegato, laddove, in buona sostanza, nell'aver affermata la matrice privatistica, propria dei rapporti di lavoro costituiti con le società a controllo pubblico, si sarebbe spinto al di là del limite fissato dalla legge delega, che gli chiedeva, esclusivamente, di *“razionalizzare i criteri pubblicistici per il reclutamento del personale e per vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, strumentalmente al contenimento dei costi”* (art. 18, co. 1, lett. e), della legge – delega – n. 124/2015).
- Un altro profilo di sospetta incostituzionalità potrebbe essere accostato alla circostanza per la quale il legislatore, all'art. 19, co. 1, sembra imporre alle società in parola di disciplinare i rapporti di lavoro intrattenuti con il corrispondente personale mediante l'applicazione dei contratti collettivi di categoria.

Il che appunto comporterebbe conflitto con la previsione dell'art. 39 della Costituzione, in tema di libertà “sindacale” (compresa quella, per l'impresa datrice di lavoro, di non adottare alcun CCNL).

- Altro sospetto di incostituzionalità potrebbe riguardare le disposizioni di cui ai commi 5 e 6 del DLvo 175/2016; il sospetto di incostituzionalità andrebbe





in particolare riferito agli artt. 3, 4 e 41 della Costituzione e (e forse anche all'art. 97 della Costituzione stessa) una volta che si intendesse la norma in predicato siccome autorizzativa della riduzione officiosa del trattamento economico del personale posto alle dipendenze delle società a controllo pubblico (oltre che all'art. 36, una volta che la medesima ammettesse la riducibilità del trattamento economico al di sotto della soglia minima stabilita dal CCNL di riferimento).

Le stesse disposizioni altresì sono sospette di incostituzionalità per violazione dell'art. 39 della Costituzione, in tema di libertà sindacale.

In proposito, può essere menzionato il precedente di cui a Corte Cost. n. 178/2015, che si era soffermato, come noto, sul tema del congelamento degli adeguamenti della retribuzione e del blocco della contrattazione collettiva, nel pubblico impiego (sancendo la validità del primo, in quanto misura transitoria, e l'invalidità del secondo, proprio sotto il profilo della violazione del precetto dell'art. 39 della Costituzione).

Ed il sospetto di incostituzionalità sta proprio nel fatto per il quale, nella fattispecie, la misura discussa non è indicata per transitoria, ma per "permanente".

### **3. Le problematiche risolte dalla normativa in oggetto e quelle nuove, che si affacciano.**

- Una prima questione di estrema rilevanza, concernente l'ambito indicato in rubrica, è quella inerente alla definizione della corretta giurisdizione a trattare degli atti in dipendenza dei quali una società a controllo pubblico provveda al reclutamento del proprio personale.

In proposito, si fronteggiano due orientamenti contrapposti.

Il primo orientamento è favorevole alla giurisdizione del giudice amministrativo, sull'assunto per cui, per il reclutamento del proprio personale, le società a controllo pubblico debbano, ex art. 18 del D.L. n. 112/2008 (norma cosiddetta interposta, rispetto al predicato degli artt. 97 Cost e 35, Dlvo n. 165/2001) procedere sulla scorta dell'indizione di un pubblico concorso.

A detto orientamento si ispira la sentenza del Consiglio di Stato n. 5643/2015.

Il secondo orientamento sostiene invece che, nella carenza d'un obbligo testuale dell'indizione di un pubblico concorso, in capo a dette società, la giurisdizione appartenga al giudice ordinario.

A tal proposito, si menziona la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione del 27.3.2017, n. 7759.

Il nodo in questione ha origine, per lo più, da una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione del 25.11.2013, la n. 26283, per la quale le società "in house" costituirebbero mere articolazioni della pubblica amministrazione, per



l'effetto di ciò essendo tenute alla regola del pubblico concorso, come predicata dall'art. 35 del DLvo n. 165/2001 (oltre che dall'art. 97 Cost.).

Secondo la decisione della Cassazione, Sez. U., 7759, del 27.3.2017, la ridetta sentenza delle sezioni unite della Cassazione dell'anno 2013 avrebbe purtuttavia investito esclusivamente il tema della responsabilità erariale, non affermando affatto il principio per cui le società a controllo pubblico dovessero bandire concorsi pubblici, quanto al reclutamento del corrispondente personale.

L'orientamento favorevole alla giurisdizione del giudice ordinario assume inoltre che le regole imposte dall'art. 18 del DL n. 112/2008 siano norme di diritto sostanziale e non di diritto processuale, indi per cui la giurisdizione in materia apparterrebbe al giudice ordinario, appunto.

- Contiguo al tema della giurisdizione è quello relativo alla validità o meno dei contratti di lavoro stipulati in difetto del superamento d'un concorso pubblico.

Per la necessità del pubblico concorso si sono pronunciate la Cassazione Penale, con decisione n. 48036, del 14.11.2014 (concludendo per la sussistenza, in astratto, del reato di abuso di ufficio, in capo a chi abbia disposto assunzioni per chiamata diretta, con riguardo a personale d'afferenza di società a controllo pubblico) e la sezione lavoro della stessa Suprema Corte di Cassazione, con decisione n. 25926, del 15.12.2016 (la quale ha negato il diritto d'un lavoratore assunto a tempo determinato, in spregio alla legge, ad opera di una società a controllo pubblico, alla stabilizzazione, per il fatto di non essere stato il medesimo inserito nell'azienda in discussione dietro il superamento di un concorso pubblico).

La sezione Lavoro della Corte di Cassazione ha anche ribadito il principio di cui sopra per il tramite della sentenza n. 4632, del 22.2.2017.

Tra le sentenze di merito che hanno del pari affermato la nullità del contratto di lavoro instaurato con una società a controllo pubblico, senza il previo passaggio da una procedura concorsuale, si menzionano una decisione del Tribunale di Napoli, del 4.3.2014, ed una decisione del Tribunale di Roma (la n. 56947/2016) del 23.5.2016.

In senso contrario, si sono invece incidentalmente pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione, con la già citata sentenza n. 7759/2017.

In dottrina, si opina che la norma di cui all'art. 18 del d.l. n. 112/2008 sia una norma relativa al procedimento, in quanto rivolta ad una sola delle parti del contratto di cui si tratti, ossia che la medesima sia una regola di comportamento e non di validità, con la conseguenza per la quale non opererebbe, in caso di sua trasgressione, la cosiddetta nullità virtuale, predicata dall'art. 1418, comma 1, del codice civile.

Oggi, in forza di quanto previsto dal DLvo n. 175/2016, è viceversa indubbio, stante in particolare quanto previsto dall'art. 19, co. 4, che i contratti di



lavoro stipulati senza il ricorso alle procedure selettive dal compendio normativo in parola stabilite siano nulli di diritto (il che, secondo taluni osservatori, confermerebbe quanto la dottrina e la giurisprudenza “medio tempore” sostenevano, circa il fatto per cui, in carenza di una norma che espressamente ne sancisca la nullità, i contratti di lavoro stipulati senza il previo superamento di un pubblico concorso non potessero essere dichiarati nulli). Il co. 4 rescinde, inoltre, inequivocabilmente, il nodo della giurisdizione, in favore della giurisdizione ordinaria.

- Altro nodo è quello relativo ad evenienze di trasferimento d’azienda, il cui approdo sia l’eventuale collocazione del personale interessatone presso una società a controllo pubblico.

A questo proposito, si scontra invero la previsione dell’art. 2112 del codice civile, che dispone il transito del personale in oggetto in capo al cessionario, e il predicato dell’art. 19 del DLvo n. 175/2016, che, viceversa, vieta quanto in parola (prescrivendo l’obbligo del concorso pubblico, ai fini d’accesso alle dipendenze delle società a controllo pubblico).

C’è chi opina, al riguardo, che la disciplina interna in argomento potrebbe confliggere con le direttive comunitarie in materia, segnatamente, con la direttiva del 12.3.2001, n. 2001/23/Ce.

- Altro problema si pone, inoltre, sempre con riferimento ad evenienze di trasferimento d’azienda, con riguardo ad una eventuale cessione di azienda da una pubblica amministrazione ad una società controllata.

Si assume, in proposito, che, trattandosi di concorsi diversi, quelli propedeutici all’ingresso in una pubblica amministrazione e quelli strumentali all’accesso ad una società a controllo pubblico, il transito non possa avvenire ex art. 2112, ma che, come già sopra puntualizzato, una regola di tal fatta, accreditabile secondo l’ordinamento interno, possa essere confligente con la presupposta direttiva comunitaria.

- Altro tema rilevante che si pone è quello della oggettiva difficoltà di coordinamento tra la previsione dell’art. 50 del DLvo n. 50/2016, come modificato dall’art. 33, co. 1 del DLvo n. 56/2017, istitutivo delle cosiddette clausole sociali, in ordine all’assegnazione di pubblici appalti e la regola dell’art. 19, co. 2, del DLvo all’attenzione, per la quale si può divenire dipendenti di una società a controllo pubblico solo dietro il superamento di un pubblico concorso.

La giurisprudenza, in materia (per tutte, si segnala Consiglio di Stato n. 1896, del 5.4.2013, evocativa d’una pronuncia della Corte Costituzionale - la n. 68/2011 - sul tema effettivamente inequivoca) assume che le clausole sociali, con riferimento alle società a controllo pubblico (ma anche alle società di diritto privato “tout court”)valgano unicamente a garantire al personale applicato all’appalto di cui si tratti continuità di lavoro, per la durata dell’appalto medesimo, indi per cui il soggetto subentrante sarebbe tenuto (comunque) ad assumerlo a tempo determinato



(e mai dunque a tempo indeterminato).

Altra pronuncia che si è espressa in tal senso è quella del TAR Puglia, dell'1.12.2014, n. 2986.

La riforma prevede inoltre l'irrogabilità a carico degli amministratori della società a controllo pubblico che non assoggettino a pubblicità i regolamenti da adottare in tema di reclutamento del personale alle sanzioni previste dal DLvo n. 33/2013, in tema di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa: segnatamente, alle sanzioni d'ordine economico, "lato sensu" disciplinare e amministrativo previste dall'art. 22, co. 4, dall'art. 46 e dall'art. 47, co. 2, di cui al Dlvo in parola.

Essa prevede inoltre che soggetti alle medesime sanzioni di cui si è sopra riferito siano altresì coloro i quali non diano adeguata pubblicità agli accordi di secondo livello ricettivi delle indicazioni delle amministrazioni controllanti, circa il contenimento della spesa per il personale.

La riforma recepisce inoltre quanto già la giurisprudenza aveva in proposito da tempo affermato, ossia il principio per cui, in caso di reinternalizzazione nelle amministrazioni di controllo di servizi già affidati alle società da costoro partecipate, il transito del personale proprio di queste (che avviene ex art. 30 DLvo n. 165/2001) sia consentito solo alla condizione per cui il personale in parola fosse stato al tempo assunto a tempo indeterminato, dietro la partecipazione a pubblico concorso, ad opera di una pubblica amministrazione.

La riforma inoltre prevede che il personale delle società a controllo pubblico perdente appalto transiti alle dipendenze dell'impresa subentrante, ex art. 2112 c.c., ossia secondo un meccanismo che risulta difforme da quello praticato per il tramite delle cosiddette clausole sociali, contenute nei bandi per l'aggiudicazione di appalti pubblici, in forza della cui applicazione il personale in parola vanta un puro diritto all'assunzione presso l'impresa subentrante nell'appalto in oggetto (ma non, dunque, ad un transito "ope legis" alle dipendenze della subentrante stessa).

La singolarità forse più rilevante, contenuta nella riforma di cui si tratta è quella per cui, una volta rilevate eccedenze di mano d'opera, le società a controllo pubblico debbano renderne conto alla regione di riferimento (la quale poi forma appositi elenchi) dai quali eventualmente attingere il personale che loro serva (con speculare inibizione all'assunzione di personale altro).

La previsione è del tutto singolare, posto e considerato che essa si traduce in una sorta di meccanismo preordinato al reimpiego del personale eccedente, senza il transito dallo stato di disoccupazione.

In altri termini, le disposizioni in argomento sembrano in qualche misura sottendere una sorta di divieto, in capo alle società a controllo pubblico, di procedere alla riduzione dei posti di lavoro e per la via di licenziamenti individuali per giustificato oggetto e per quella dei licenziamenti collettivi (al di là di tale "percezione", quello



che è certo è che il legislatore sembra incoraggiare le società a controllo pubblico a non disfarsi del personale eccedente, bensì a favorirne la ricollocazione, senza perdita del posto di lavoro).

Che, però, così non sia (e che quindi le società a controllo pubblico possano, comunque, in alternativa alla gestione degli esuberanti nei termini di cui sopra, procedere anche al taglio dei posti di lavoro eccedenti) lo si ricava dall'art. 3 dello schema del decreto ministeriale attuativo del D.L.vo in parola, in forza del quale la cancellazione dagli elenchi in oggetto del personale iscrittovi avviene solo una volta che questi sia stato assunto a tempo indeterminato, ovvero a tempo determinato, per oltre sei mesi (il che evidentemente non può non postulare il fatto per cui il personale medesimo venga "medio tempore" congedato dalla società a controllo pubblico di proprio riferimento).

Francamente incomprensibile è inoltre la disposizione di cui all'art. 2 del testè citato schema di decreto attuativo, in virtù della quale si vuole che, una volta rilevate le eccedenze in discussione, le società interessatene ne diano contezza alle rappresentanze sindacali aziendali costituite ed alle rispettive associazioni di categoria (sulla scorta di una procedura consimile a quella prevista dall'art. 4, della legge n. 223, in tema di licenziamenti collettivi); incomprensibile in quanto la comunicazione in argomento rimane fine a se stessa, non essendo previsto alcun seguito ad essa, in termini di definizione di eventuali accordi di gestione.

- L'art. 19, co. 5, del D.L.vo n. 175/16 stabilisce che le amministrazioni controllanti indichino misure di contenimento della spesa per il personale, *"tenuto conto ... delle eventuali disposizioni che stabiliscono, a loro carico, divieti o, limitazioni, alle assunzioni del personale"*.

Ci si interroga dunque se le società in parola siano o meno soggette a limitazioni normative dirette, al riguardo.

In proposito, si segnala una deliberazione della sezione regionale di controllo per la Liguria della Corte di Conti, di data 20.7.2017, avente n. 80, in forza della quale si è argomentato, dal tenore letterale dell'art. 19 del DLvo n. 175/2016, che, sia pure nei limiti posti dagli atti di indirizzo dell'ente loro controllante, le società in argomento possano avere *"un approccio flessibile alla problematica assunzionale, posto che la norma non contiene richiami diretti alle norme di finanza pubblica che valgono per le spese, complessive ed individuali, al personale dipendente degli enti pubblici"*.

---

\*)

Avv. Giampaolo Perdonà: Membro Agi e Presidente della Associazione giuslavoristi pubblici



***Il modello 231 e le misure anticorruzione negli organismi partecipati: una misura di protezione e di accountability***

*Pier Giorgio Schena \*)*

Il D.Lgs. 97/16 ha introdotto nuove disposizioni in tema di trasparenza (introduzione dell'art. 2-bis al D.Lgs. 33/13) ed in tema di anticorruzione (introduzione del comma 2-bis all'art. 1 della L. 190/12).

Tali norme hanno avuto definitivo completamento con l'avvento del D.Lgs. 175/16 "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" contenente le definizioni di società a partecipazione pubblica e di società a controllo.

Si tratta di novità normative che permettono di individuare, nell'ambito delle società pubbliche, precisi ambiti soggettivi, idonei anche a definitivamente chiarire il campo di applicazione del D.Lgs. 231/01.

La normativa del Decreto 231, fin dalla sua introduzione, è stata ritenuta certamente applicabile anche nei confronti delle società partecipate pubbliche in termini di responsabilità amministrativa di detti enti derivante da reato.

Per esse, invece, l'adozione del Modello 231 non costituiva un obbligo, anche se nella prassi si è assistito in larga misura alla sua introduzione nel sistema organizzativo e gestionale di tali società.

**Il nuovo comma 2-bis all'art. 1 della L. 190/12** prevede ora che:

*"Il Piano nazionale anticorruzione è adottato sentiti il Comitato interministeriale di cui al comma 4 e la Conferenza unificata di cui all'articolo 8, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Il Piano ha durata triennale ed è aggiornato annualmente. Esso costituisce atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai fini dell'adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione, e per gli altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai fini dell'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, anche per assicurare l'attuazione dei compiti di cui al comma 4, lettera a)"*

Tale disposizione ha un evidente impatto sull'applicazione del Decreto 231 (in particolare circa l'obbligatorietà o meno di adozione del Modello ivi previsto) essendo chiaro che **l'obbligo normativo di "integrazione" presuppone l'esistenza di misure di base (quelle contenute nel Modello) da "integrare"**.



Ne deriva quindi che per i soggetti richiamati dalla suddetta disposizione (le società in controllo pubblico; gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico, quali fondazioni, associazioni, ecc.) l'adozione del Modello 231 non costituisce una facoltà né può essere mera conseguenza dell'eventuale impulso delle amministrazioni controllanti, ma rappresenta un vero e proprio obbligo.

Ciò trova conferma nel parere n. 1257/17 reso nel maggio scorso dal Consiglio di Stato sulla proposta di Anac di aggiornamento delle *“linee guida per l'attuazione della normativa di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società partecipate”*.

In tal senso assume quindi rilevanza (ex art. 2-bis, comma 2, lett. b, del D.Lgs. 33/13) la posizione delle **società in controllo pubblico** come definite dall'art. 2, comma 1, lett. b-m, del D.Lgs. 175/16.

Esse sono le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo secondo la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile, ossia:

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

Tale ultimo caso è il cd. condizionamento esterno, che prescinde dalla partecipazione al capitale e si concretizza nella sussistenza di rapporti contrattuali la cui costituzione e permanenza condizionano l'esistenza e la sopravvivenza della capacità d'impresa della società controllata.

Per tali società (pur essendo già in precedenza prevalente tale tipo di orientamento, consacrato dalle linee guida Anac del 2015) l'attuale dato normativo impone quindi l'adozione del Modello 231.

Sotto il profilo strettamente normativo ad analoga conclusione non può giungersi per le **società soltanto partecipate da amministrazioni pubbliche** (ossia quelle in cui la partecipazione non assume i connotati del suddetto controllo).

Il richiamo della L. 190/12 all'art. 2-bis del D.Lgs. 33/13 è limitato al comma 2 di tale ultima disposizione (riguardante le società in controllo pubblico) e non al comma 3 che riguarda invece le altre società (semplicemente) partecipate da pubbliche amministrazioni.

Per le **società a partecipazione pubblica non di controllo** (alle quali si applica la normativa sulla trasparenza) non essendo direttamente applicabile la



normativa sull'anticorruzione ex L. 190/12 non può sostenersi come obbligatoria *ex lege* l'adozione del Modello 231 (neppure obbligatoria è la disciplina anticorruzione).

Va peraltro rilevato che l'Anac (nelle linee guida del 2015 ed ora nella proposta di adeguamento delle stesse) evidenzia l'opportunità che anche per tali tipi di società le pubbliche amministrazioni partecipanti promuovano l'adozione del Modello 231 nonché l'integrazione dello stesso con misure di organizzazione e gestione idonee a prevenire fatti corruttivi in danno alla società stessa ed alla PA.

Da quanto sopra si ricava l'esistenza di un'evoluzione rispetto all'impianto originario soprattutto per quel che concerne la disciplina ex D.Lgs. 231/01, **con nuovi input interni al comparto pubblico ed in particolare nel settore delle società partecipate, volti ad imprimere** (come visto, in parte con obbligo normativo ed in parte con indicazioni non vincolanti ad opera di soggetti con poteri di vigilanza, Anac) **l'adozione di un assetto organizzativo il più possibile idoneo a prevenire situazioni di illiceità**, a garantire la tutela del patrimonio pubblico e la regolare prestazione dei servizi pubblici agli utenti.

Si tratta di sistemi, quello previsto dal D.Lgs. 231/01 e quello della L. 190/12, che si fondano sulla **responsabilizzazione interna degli organi gestionali** in quanto la finalità di prevenire la commissione di reati viene perseguita prevedendo misure di protezione ed esenzione dalla responsabilità degli enti e degli organi stessi qualora le misure di organizzazione e controllo da questi predisposte siano adeguate.

Diverse sono peraltro le tipologie di reati che i due sistemi mirano a prevenire: il primo i reati commessi, in tutto od in parte, nell'interesse o a vantaggio della società; il secondo i reati commessi in danno alla società.

Come noto il D.Lgs. 231/01 ha introdotto nel nostro ordinamento il regime di responsabilità amministrativa a carico degli enti per alcune fattispecie di reato (cd. presupposto, inserite nello specifico catalogo normativo), commesse nell'interesse oppure a vantaggio degli stessi.

Tale responsabilità va ad aggiungersi a quella (penale) della persona fisica che ha commesso il reato.

L'art. 5 del Decreto 231 prevede infatti la responsabilità dell'ente per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio:

- a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;





b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

La società non risponde, per espressa previsione legislativa (art.5, comma 2), se i soggetti indicati hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Il Decreto 231, nell'introdurre il regime di responsabilità amministrativa dell'ente, ha altresì previsto forme specifiche di esonero da detta responsabilità per i reati commessi nell'interesse o a vantaggio dello stesso sia da soggetti in posizione apicale, sia da soggetti sottoposti all'altrui direzione.

L'esonero della responsabilità (o la riduzione delle sanzioni) è collegato all'adozione di un Modello di organizzazione, gestione e controllo dotato di specifici requisiti.

Dall'impianto normativo si ricavano due possibili ipotesi di Modello in relazione al momento, rispetto alla commissione del reato, in cui esso viene adottato.

Le ipotesi previste dagli artt. 6-7 riguardano il modello cd. **ante-delictum** ossia adottato in un momento cronologicamente anteriore alla commissione del reato presupposto.

In particolare, nel caso di reati commessi da "Soggetti Apicali", l'art. 6 del Decreto prevede l'esonero da responsabilità qualora l'ente dimostri che:

- "l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi";
- il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato ad un Organismo di Vigilanza dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'Organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo.

Nel caso di reati commessi da "Soggetti sottoposti", l'art. 7 del decreto prevede l'esonero da responsabilità, escludendo che vi sia stata inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un Modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.



Vi sono poi le ipotesi di Modello cd. **post-delictum** ossia quelle in cui il Decreto prevede che l'adozione del Modello in un momento cronologicamente successivo alla commissione del reato presupposto, consenta di fruire di vantaggi sul piano sanzionatorio.

Sono i casi di cui all'art. 12 commi 2 e 3, a norma del quale le condotte riparatorie dell'ente prima dell'apertura del dibattimento consentono una riduzione della sanzione pecuniaria:

*2. La sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado:*

*a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;*

*b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.*

*3. Nel caso in cui concorrono entrambe le condizioni previste dalle lettere del precedente comma, la sanzione è ridotta dalla metà ai due terzi.*

Vi è poi l'ipotesi di cui all'art. 17 che prevede l'esclusione delle sanzioni interdittive qualora vi sia stata la riparazione delle conseguenze del reato:

*1. Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni:*

*a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;*

*b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;*

*c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.*

Il Decreto prevede quindi la figura del Modello 231 quale misura di protezione dell'ente dalla responsabilità amministrativa.

**Va però evidenziata l'importanza dell'effettività del Modello 231, tanto in termini di contenuti quanto in termini di applicazione, affinché lo stesso possa concretamente operare come misura esimente.**

Invero a tal fine è tutt'altro che sufficiente l'intervenuta adozione di un Modello "tipo", magari sulla falsariga di quello predisposto da associazioni rappresentative di categorie.



E' infatti da escludersi la possibilità di qualsiasi protezione da parte di un modello cd. "cartolare".

Invero il riconoscimento della valenza esimente del Modello è subordinata al **giudizio di adeguatezza** operato dal giudice, il cui esito positivo dipende alla sussistenza di tre distinte condizioni:

- **idoneità preventiva del Modello:** intesa come sua capacità di prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi;
- **efficace attuazione del Modello:** con applicazione delle procedure in esso previste e formazione dei destinatari;
- **presidio del Modello da parte dell'OdV** ed effettiva vigilanza da parte di tale organo.

A ciò va aggiunta l'elusione fraudolenta del Modello da parte dell'apicale che ha commesso il reato.

Soffermandoci sulla **condizione inerente l'idoneità preventiva del modello**, l'art. 6 comma 2 specifica le funzioni da svolgersi in concreto e che attengono al contenuto dello stesso:

- a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;
- b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
- c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
- d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;
- e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

**Solo la verifica che tali contenuti sono stati realizzati in concreto secondo la situazione e l'attività effettiva dell'ente, consentirà di superare il giudizio di adeguatezza in termini di valutazione dell'idoneità preventiva.**

E' evidente che si tratta di un giudizio discrezionale, nell'ambito del quale il giudice ha ampia facoltà di valutazione.

La prassi giudiziaria ha evidenziato le concrete difficoltà in ordine all'adozione di modelli che possano avere maggiori possibilità di superare il vaglio dell'adeguatezza.

E' così emersa l'esigenza di maggiori garanzie nell'ambito di svolgimento di tale tipo di giudizio.

A tal fine sono state avanzate alcune ipotesi di intervento:

- quella di una presunzione di adeguatezza dei modelli redatti secondo uno schema tipo predisposto dalle associazioni rappresentative ed approvati dal Ministero della Giustizia. Si tratta di ipotesi da scartare perché proprio la



previsione di procedure tipo permette di escludere in partenza che vi sia stata un'analisi concreta della situazione specifica dell'ente idonea a portare alla costruzione di procedure che possano validamente evitare al suo interno la commissione di reati;

- quella della presunzione di adeguatezza di modelli redatti secondo le singole specificità degli enti ed approvate da soggetti certificatori. Sussiste qui il problema della formazione e riconoscimento dei soggetti privati attestatori;
- quella della **specificazione e positivizzazione delle cautele** in determinati settori, con la previsione che i modelli di organizzazione e gestione adottati in conformità ai parametri positivamente previsti, hanno efficacia esimente della responsabilità amministrativa degli enti. E' il caso dell'intervento operato con l'art. 30 del D.Lgs. 81/08 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. E' la soluzione migliore ma che non può trovare applicazione generalizzata: si presta bene solo dove le tutele sono proceduralizzate in sede normativa.

Con il Modello 231 si intreccia ora la disposizione di cui al comma 2-bis dell'art. 1 della L. 190/12 che prevede per le società a controllo pubblico (ma l'indicazione dell'Anac è anche per quelle solo partecipate) l'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

Si tratta evidentemente di misure che devono essere dirette alla prevenzione di reati corruttivi diversi da quelli previsti dal Decreto 231, ossia di reati commessi contro la società o la PA.

Come illustrato dall'Anac tali misure devono individuarsi, in coordinamento con l'attività svolta per le finalità 231 anche in una logica di semplificazione, secondo questi criteri:

- individuazione dei rischi di corruzione: analisi per far emergere in quali aree o attività potrebbero verificarsi fatti corruttivi (*in primis* ex art. 1 co. 16 L. 190/12 le aree che interessano autorizzazioni e concessioni, appalti e contratti, sovvenzioni e finanziamenti, selezione e gestione del personale);
- definizione delle procedure idonee ad evitare fenomeni corruttivi ed approntamento di un sistema di controlli teso a verificare l'operatività delle procedure stesse;
- integrazione del codice etico già previsto ex 231;
- previsione di sistemi di controlli e verifiche sulle inconferibilità e incompatibilità degli incarichi;
- formazione interna in materia di anticorruzione;
- tutela del soggetto che segnala illeciti;



- rotazione dei soggetti che gestiscono processi caratterizzati da discrezionalità e contatti con gli utenti;
- monitoraggio sull'attuazione delle misure anticorruzione e sull'aggiornamento delle stesse.

Analogicamente al Decreto 231, la L. 190/12 art. 1 comma 12, prevede l'esenzione di responsabilità a carico del RPCT:

*In caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo risponde sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che provi tutte le seguenti circostanze:*

- a) di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al comma 5 e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 del presente articolo;*
- b) di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano.*

Anche in questo caso vi sarà il vaglio del giudizio di adeguatezza per il quale valgono le osservazioni già svolte in relazione all'analogo giudizio in sede di responsabilità ex 231.

---

\*)

Avv. Piernigorio Schena: Avvocato Foro di Verona



## INDICE

	<i>Pag.</i>
<b>Gli enti locali e le società partecipate: un rapporto complesso, finalizzato alla produzione e all'erogazione di servizi di interesse generale</b> <u>Alceste Santuari</u>	“ 2
<b>Il rapporto tra gli enti locali e le società partecipate: potenzialità e responsabilità</b> <u>Michele Nico</u>	” 6
<b>Gli appalti di servizi e forniture: una leva per rafforzare l'efficienza gestionale degli organismi partecipati</b> <u>Giangiuseppe Baj</u>	” 14
<b>La riforma delle società partecipate: aspetti di interesse lavoristico</b> <u>Giampaolo Perdonà</u>	” 19
<b>Il modello 231 e le misure anticorruzione negli organismi partecipati: una misura di protezione e di accountability</b> <u>Pier Giorgio Schena</u>	” 30