



Prime osservazioni sulla disciplina inerente la riduzione di spese, la messa in liquidazione e la privatizzazione di società pubbliche, introdotta dall'articolo 4 del d.l. 95/2012, convertito con modifiche in legge 135/2012

Premessa

Il decreto legge 95/2012 è stato convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135 recante “*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario*”, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 189 del 14 agosto 2012.

L'articolo 4 del succitato provvedimento introduce specifiche misure restrittive in materia di società partecipate, direttamente ed indirettamente dalle amministrazioni pubbliche, disponendo lo scioglimento ovvero la totale privatizzazione di quelle che erogano i c.d. servizi strumentali, secondo puntuali precetti.

E' evidente però che tale norma, per i Comuni, si intreccia con altre analoghe disposizioni su partecipazioni, dismissioni societarie e relativi vincoli, chiamando nuovamente gli enti locali a compiere uno sforzo interpretativo per individuare, all'interno del complesso quadro normativo, i soggetti tenuti all'applicazione delle nuove restrizioni dell'articolo 4, le deroghe ivi previste nonché le interazioni con le altre discipline in materia.

Il presente documento vuole quindi fornire alcune prime indicazioni ed orientamenti utili alle amministrazioni comunali, con l'intento di rendere quanto più omogenea e coerente l'applicazione delle norme in questione.

1. Ambito di applicazione

In base alle nuove disposizioni, i Comuni devono, ancora una volta, compiere una ricognizione delle società partecipate per individuare i soggetti da dismettere. Ciò in quanto, **il primo comma dell'articolo 4 del dl 95/2012 s.m.i. sancisce lo scioglimento entro il 31 dicembre 2013, delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni, indicate nell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 (quindi, ivi compresi gli enti locali) che forniscono prestazioni di servizi a favore delle medesime, i cui ricavi per tali prestazioni, nel 2011 risultano superiori al 90% dell'intero fatturato. In alternativa è possibile privatizzare le stesse società, entro il 30 giugno 2013 cedendone l'intera partecipazione pubblica, detenuta al 7 luglio 2012, con contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, a decorrere dal 1° gennaio 2014, non rinnovabile.**

Per definire quindi il recinto applicativo delle succitate disposizioni emergono due elementi qualificanti: il primo, in evidente analogia – ancorchè contrastante nel merito - con l'articolo 13 del dl 223/2006 s.m.i., è che le società rientranti nell'ambito di applicazione della norma in questione non possono che essere quelle rivolte a soddisfare esigenze proprie delle amministrazioni, ossia quelle che forniscono i c.d. servizi strumentali (sentenza della Corte Costituzionale n. 326/2008); il secondo è legato invece al concetto di “controllo”, per il quale è di ausilio l'art. 2359 del codice civile che considera controllate:

- 1. le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;*
- 2. le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;*

3. *le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.*

Ne consegue che la prevista dismissione risulta quindi applicabile ad una pluralità di tipologie d'impresa, caratterizzate, sul piano imprenditoriale/industriale, dal tipo di produzione (servizi strumentali) e dalla sostanziale condizione di mono-committenza (in favore del pubblico); sul piano associativo, dal controllo (diretto o indiretto) pubblico.

Quale **sanzione per le amministrazioni** che non adempiono nei termini su indicati è previsto che, dal 1° gennaio 2014, le società non sciolte o non privatizzate, non potranno ricevere affidamenti diretti di ulteriori servizi, né rinnovare quelli di cui sono titolari. Tali servizi se non gestiti in economia dovranno essere affidati secondo norme nazionali e comunitarie sull'evidenza pubblica.

E' evidente che ciò accentua la delicata problematica inerente la **tutela dei lavoratori**, per i quali non è prevista una vera e propria clausola di salvaguardia in quanto la norma, limitatamente alla sola privatizzazione, rimanda al bando di gara l'adozione di strumenti di tutela dei livelli di occupazione tra gli elementi prioritari e rilevanti di valutazione dell'offerta. Su tale aspetto, alquanto critico, l'ANCI ha già manifestato forti preoccupazioni evidenziando le ripercussioni sociali di tale mancanza, sia dirette che per l'indotto.

Altro elemento peculiare della nuova norma è che non distingue fra società sane e soggetti in perdita, né fra quelle aziende che hanno avuto affidamenti diretti o con gara, ricomprendendo così tutte queste categorie - fermo restando i parametri di controllo pubblico, strumentalità e fatturato - fra quelle da sciogliere o privatizzare totalmente.

Tali procedure poi, per le società miste, pongono diverse difficoltà ed ignorano completamente l'esistenza di diritti e aspettative dei privati che operano in soggetti legittimamente costituiti.

D'altronde anche l'alternativa dello scioglimento *tout court* delle società strumentali, magari da poco trasformate in miste per ridurre i costi ed apportare know-how tecnico privato (fine proprio delle società miste), pone difficoltà nei rapporti pubblico/privato e darà sicuramente luogo a contenziosi.

Va evidenziato infine che imponendo nuovamente cessioni a determinate (tra l'altro differenti da norma a norma) scadenze temporali, si crea un possibile danno per i Comuni, che si vedrebbero costretti, con ogni probabilità, a svendere le proprie partecipazioni; ciò è anche prevedibile a fronte di un mercato che, nel periodo attuale, non sembra in grado di effettuare gli investimenti richiesti anche per la mancanza di favorevoli condizioni di accesso al credito.

Su tali aspetti è il caso che il Governo intervenga, con alcuni necessari chiarimenti nonché condividendo, attraverso il contraddittorio istituzionale, alcuni fondamentali correttivi.

2. Soggetti esclusi e deroghe

I **soggetti esclusi dall'applicazione** delle disposizioni su scioglimento o privatizzazione totale, comma 3 dell'articolo 4 del dl 95/2012 s.m.i., per quanto interessa i Comuni, sono: le società che erogano servizi di interesse generale (novero che ricomprende le società che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica e non); le società che svolgono prevalentemente compiti di centrale di committenza (articolo 33, del d.lgs.163/2006 s.m.i.) e le società quotate e loro controllate (escluse dall'applicazione dell'intero articolato).

Merita attenzione anche il previsto D.P.C.M. che individuerà le ulteriori società escluse dalle dismissioni, fra quelle che gestiscono banche dati strategiche per il conseguimento di obiettivi economico-finanziari - in relazione ad esigenze di tutela della riservatezza e sicurezza dei dati - poiché in tale novero rientrerebbero le società di riscossione di cui all'ex art. 52 del d. lgs. 422/1997 s.m.i..

Particolare attenzione va posta anche riguardo alle società che erogano contestualmente servizi pubblici locali e servizi strumentali, in parte ammessa dalla giurisprudenza, in relazione alle società miste (sentenze del Consiglio di Stato n. 77 del 11/1/2011 e Consiglio di Stato n. 6974 del 29/12/2011). **In tal senso se la società è stata costituita quale modello organizzativo di gestione dei servizi pubblici locali per la collettività, la stessa può svolgere attività o servizi ulteriori, sia pubblici locali che strumentali, anche partecipando alle gare (concetto rafforzato dalla soppressione dell'ex art. 4 del d.l. 138/2011).**

Problematico e complesso risulta inoltre l'esercizio delle possibili **deroghe alla dismissione/privatizzazione totale**, in quanto i meccanismi pervisti nella norma contemplanò diversi passaggi amministrativi che le rendono poco praticabili.

Tali deroghe sono previste se:

- a) per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto di riferimento, non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato (comma 3);
- b) entro il 14 novembre 2012 (90 gg. dall'entrata in vigore della legge n. 135/2012) l'amministrazione predispono un piano di razionalizzazione/ristrutturazione delle società controllate. In questo caso i già citati termini del 30/6/2013 ovvero del 31/12/2013 (rispettivamente per privatizzazione o scioglimento) slittano per tutto il periodo di attuazione del piano, che è però soggetto ad una specifica procedura (comma 3 *sexies*).

Nel caso di cui alla *lettera a)* l'amministrazione - entro i succitati termini previsti per lo scioglimento o la privatizzazione - predispono un'analisi di mercato e trasmette una relazione con gli esiti della stessa all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, per l'acquisizione del parere vincolante. L'Autorità deve esprimersi entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione ed il parere è comunicato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

In relazione alla *lettera b)* il piano di razionalizzazione (da definire entro la data indicata), dovrà prevedere l'individuazione delle attività connesse esclusivamente all'esercizio di funzioni amministrative, di cui all'articolo 118 della Costituzione, che possono essere riorganizzate e accorpate in società aventi i requisiti comunitari dell' *in house providing*. Tale piano va quindi trasmesso al Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi, che esprime il parere; se positivo il piano è poi approvato dall'ente. Ricorrendo a tale procedura i termini per lo scioglimento o per l'alienazione totale delle società che gestiscono servizi strumentali, sono prorogati per il periodo strettamente necessario per l'attuazione del succitato piano, sulla base di un D.P.C.M. adottato su proposta del Commissario straordinario.

In sostanza, si prevede un accorpamento societario *in house providing* che sospende e posticipa i termini di dismissione.

3. Acquisito di beni e servizi

Particolarmente incidenti risultano le **disposizioni in materia di acquisto di beni e servizi**, anch'esse contemplate nello stesso articolo 4 del dl 95/2012.

E' infatti disposto che, **dal 1° gennaio 2013, le pubbliche amministrazioni possono acquisire a titolo oneroso "servizi di qualsiasi tipo" da enti di diritto privato**, anche mediante convenzioni, soltanto in base a procedure nazionali conformi alla disciplina comunitaria e soprattutto che *Società, associazioni, fondazioni e comitati* (enti di cui agli artt. da 13 a 42 del codice civile) che forniscono servizi all'amministrazione a titolo gratuito, non possono ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche. Sono escluse da tale circostanza le fondazioni istituite con la finalità di promuovere lo sviluppo tecnologico e l'alta formazione tecnologica, gli enti operanti nel campo dei servizi socio-assistenziali e dei beni ed attività culturali, dell'istruzione e della formazione, le associazioni di promozione sociale, gli enti di volontariato, le

organizzazioni non governative, le cooperative sociali, le associazioni sportive dilettantistiche nonché le associazioni rappresentative, di coordinamento e supporto degli enti territoriali e locali.

L'articolo 4 specifica poi che **dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni, le stazioni appaltanti, gli enti ed i soggetti aggiudicatori, acquisiscono sul mercato "beni e servizi strumentali alla propria attività"**, mediante procedure concorrenziali, come previste nel d. lgs.163/2006 s.m.i..

In merito a ciò di assoluto rilievo è la disposizione contenuta nel successivo comma 8: *A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000,00 euro annui.* Tale norma prosegue facendo salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014 e le acquisizioni in via diretta di beni e servizi il cui valore complessivo sia pari o inferiore alla succitata soglia economica, in favore delle associazioni di promozione sociale, degli enti di volontariato, delle associazioni sportive dilettantistiche, delle organizzazioni non governative e delle cooperative sociali.

Per la prima salvaguardia, non del tutto chiara, è opportuna una interpretazione prudentiale secondo la quale gli affidamenti diretti superiori alla soglia indicata vanno a scadenza naturale ma non oltre il 31 dicembre 2014, se successiva a tale data. Dal combinato disposto delle succitate disposizioni ne discende che, a partire dal 1 gennaio 2014, è quindi possibile affidare direttamente *in house* i servizi solo se il loro valore è inferiore a 200.000,00 euro annui, a soggetti che rispondono ai noti principi comunitari (società a partecipazione interamente pubblica, controllo analogo ed attività prevalente col socio).

Non appare invece condivisibile una lettura tendente a estendere tali norme (limitative dell'*in house*) anche all'ipotesi di affidamento di servizi d'interesse generale (o servizi pubblici) in quanto la disciplina fa chiaro riferimento al settore dei servizi strumentali ed altresì non risulterebbe costituzionalmente orientata (sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 - nota ANCI del 24/7/2012). Tale tesi è stata espressa anche dalla Corte dei Conti della Basilicata nell'articolato e recente parere n. 20 del 20 settembre 2012.

Ulteriore criticità si riscontra nelle disposizioni finali dell'articolato che pongono **specifici limiti numerici ed ai compensi dei componenti dei CdA nonché limiti di spesa del personale**, delle succitate società strumentali controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni.

In relazione al primo aspetto, diventa difficile per l'amministrazione, socia o vigilante, individuare i dipendenti (2 ovvero 3) da inserire nei Consigli di Amministrazione delle succitate società strumentali (composti da minimo 3, massimo 5 membri) i quali devono riversare eventuali compensi all'amministrazione stessa ovvero alla società di appartenenza. Problematica poi l'estensione di tali limiti ai componenti dei CdA delle *altre società* a totale partecipazione pubblica diretta ed indiretta, già soggette alle restrizioni di cui alla legge n. 296/2006 s.m.i. (comma 725 e segg.), tra l'altro fatte espressamente salve dal richiamo al *fermo restando quanto diversamente previsto da specifiche disposizioni di legge.*

Passando invece ai previsti limiti di spesa del personale (limiti assunzionali, sui contratti co.co.co ed al trattamento economico complessivo) delle società strumentali in questione, si evince che alcune disposizioni sono previste per archi temporali limitati (dal 7/7/12 fino al 31/12/2015 estensione dei limiti assunzionali previsti per le amministrazioni controllanti; dal 1/12/2013 fino al 31/12/14 trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti non superiore a quello del 2011) mentre la possibilità, di avvalersi di personale a tempo determinato (inclusi i co.co.co) decorrere dall'anno 2013 ed è limitata al 50% della analoga spesa sostenuta nell'anno 2009.

A tal proposito, considerando che l'articolo 6, comma 3, del dl 95/2012 s.m.i. estende il potere ispettivo del Dipartimento della funzione pubblica e del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato sul rispetto dei succitati obblighi, limitativi dei CdA e della spesa del personale, *alle società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta*, risultano necessari alcuni chiarimenti - che rendano tali limiti coerenti con le altre norme in materia - onde fornire un quadro applicativo chiaro ed omogeneo.

E' opportuno infine evidenziare che le disposizioni dell'intero articolato, non si applicano alle società quotate e loro controllate e alle società per azioni a totale partecipazione pubblica autorizzate a prestare il servizio di gestione collettiva del risparmio.

4. Interazioni con le altre discipline in materia

Analizzando le nuove norme contenute nell'articolo 4 del dl 95/2012 s.m.i. emergono diverse problematiche interpretative ed operative per gli enti chiamati ad applicarle, soprattutto in ragione delle previste modalità di dismissione delle succitate società strumentali.

E' infatti palese che l'art. 13 della legge n. 248/2006 s.m.i., permette ai Comuni di detenere società strumentali con il vincolo dell'oggetto sociale esclusivo, le stesse che risultano invece vietate ai sensi delle nuove norme, proprio in virtù dell'unicità del rapporto con l'amministrazione di riferimento (dal quale deriva l'ovvio superamento della soglia di fatturato fissata). **Ciò crea quindi un difficoltoso onere ricostruttivo del rapporto tra norma anteriore e successiva, con l'art. 13 del c.d. decreto Bersani che, a questo punto, potrebbe sembrare superato dall'articolo 4 comma 1 del dl 95/2012 s.m.i.**

Difficoltoso risulta anche il raccordo con le controverse dismissioni di cui all'articolo 14 comma 32 del dl 78/2010 s.m.i., inerente i divieti di costituzione e mantenimento di società nei Comuni fino a 30.000 abitanti e da 30.000 a 50.000 abitanti, secondo specifici vincoli, deroghe e scadenze, in quanto non appare evidente quale sia la norma prevalente (anche considerando che la succitata disposizione del dl 78/2010 s.m.i., si caratterizza quale *lex specialis* in quanto attinente solo le società dei Comuni con determinate dimensioni demografiche).

Un primissimo orientamento in merito – assolutamente non esaustivo e limitato alla casistica più semplice - è stato recentemente espresso dalla Corte dei Conti del Piemonte, nel parere n. 291 del 30/8/2012, dove nel proporre l'integrazione, fra le succitate norme prevede che *il Comune dovrà accertare in primo luogo se la società rientra nella previsione della nuova disciplina, avendo conseguito nel 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato. Se tale accertamento dovesse risultare negativo, l'amministrazione comunale, in presenza dei requisiti di virtuosità richiesti dal citato art. 14, c.32 del dl 78/2010, il cui accertamento rientra nella sua esclusiva competenza e responsabilità, potrà deliberare il mantenimento della partecipazione nella società in questione*. Nulla è detto poi sulle modalità di adempimento, la tempistica, le deroghe applicabili e le possibili conseguenze.

Considerando quindi le molteplici criticità che scaturiscono dalle nuove ed articolate disposizioni è necessario – attivando la concertazione istituzionale - fare chiarezza rispetto al rapporto con le altre norme in materia, affinché i comportamenti delle amministrazioni siano il più possibile omogenei e coerenti, dare la possibilità di mantenere le società strumentali virtuose e compiere un intervento chiarificatore sulle limitazioni, in materia di personale delle società pubbliche, in modo da ridurre le difficoltà applicative ed i possibili contenziosi.