

CONVEGNO NAZIONALE
Il sistema delle società partecipate degli enti locali.
Doveri di governance, adempimenti dei comuni
e operazioni straordinarie

Cinzia Barisano, Consigliere della Corte dei conti
“I vincoli gravanti sulle società partecipate”

Si prescinde, in questa sede, dal far riferimento alla nuova disciplina dei SPL a rilevanza economica (art.4 del dl 138/2011 e ss.mm.), che pure numerosi vincoli pone alle società, in considerazione:

- a) dell'oggetto del servizio (rispetto degli obblighi di servizio pubblico universale e accettazione del regime di compensazione; rispetto dell'obbligo di continuità del servizio pubblico; rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza; impegno, da assumere al momento della partecipazione alla gara, a conseguire economie di gestione con riferimento all'intera durata programmata dell'affidamento, e a destinare le stesse alla riduzione delle tariffe da praticare agli utenti ed al finanziamento di strumenti di sostegno connessi a processi di efficientamento relativi al personale);
- b) delle modalità di affidamento (in house soltanto entro la soglia di 200.000 euro annui di valore economico),
- c) dei limiti derivanti dalla legge 287/1990,
- d) dell'adozione della forma di società mista (gara per la scelta del socio privato con contestuale attribuzione di specifici compiti operativi e limiti quantitativi e qualitativi alla sua partecipazione, quota minima di partecipazione del 40%);
- e) del controllo dei revisori dei conti dell'ente locale;
- f) della previsione di incompatibilità e incumulabilità;
- g) della previsione di limiti previsti all'attività extraterritoriale (per le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi);
- h) della disciplina prevista per il regime transitorio;
- i) dell'estensione della disciplina anche al trasporto pubblico regionale ferroviario fatti salvi fino alla scadenza naturale dei primi sei anni, gli affidamenti e i contratti di servizio già deliberati e sottoscritti.

Così come si prescinde dal parlare dei limiti previsti per le società strumentali posti dall'art.13 del c.d. Decreto Bersani del 2006, di cui si è già trattato.

Ci si sofferma, invece, sugli altri vincoli posti alle società partecipate dal quadro normativo di riferimento, che attengono al profilo strutturale, contabile e funzionale, e che sono evidentemente correlati alla loro derivazione o dipendenza finanziaria pubblica.

Sotto il profilo **strutturale**, i principali limiti attengono al numero e ai compensi dei componenti degli organi di governo societario posti fin dalla legge finanziaria 2007 e da ultimo ulteriormente aggravati dall'art.6, comma 6 del d.l. 78/2010 che ha previsto un'ulteriore riduzione del 10% dei compensi, da applicarsi successivamente al rinnovo degli organi

Vincoli direttamente incidenti sul lato **contabile** derivano dalla considerazione che l'ente socio non può tenere in vita, con trasferimenti di risorse proprie, società partecipate sistematicamente in

perdita (art. 6 comma 19 del dl.78/2010). Infatti, all'espresso fine del perseguimento di una maggiore efficienza delle società pubbliche, tenuto conto dei principi nazionali e comunitari in termini di economicità e di concorrenza, le amministrazioni pubbliche, non possono, salvo quanto previsto dall'art. 2447 codice civile nel caso di riduzione del capitale sociale oltre il limite legale, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Per ragioni di garanzia di continuità e rilevanza del servizio pubblico, sono consentiti i trasferimenti a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti.

Sotto il profilo **funzionale**, vincoli sono previsti in materia di **reclutamento di personale** delle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica (art.18, comma 1 dl 112/2008), e a tutte le società in house (art.3bis, comma 5 del dl 138/2011) che sono tenute ad adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, mentre le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo (comma 2) adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

Tutte le società in house di SPL e le società a partecipazione mista pubblica e privata affidatarie SPL sono, inoltre tenute all'applicazione, per l'**acquisto di beni e servizi**, delle disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163 (art.3bis comma 5 e art.4, comma 15 del dl 138/2011)

In materia del **contenimento della spesa di personale** assume obiettivo rilievo il nuovo comma 7 dell'art.76 del d.l. 112/2008, come modificato dall'art.20 del d.l. 98/2011 e dall'art. 28 comma 11quater del d.l. 201/2011 il quale, nel disporre il divieto agli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale sia pari o superiore al 50 per cento delle spese correnti di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale, stabilisce che ai fini del computo della percentuale di cui al periodo precedente si calcolano le spese sostenute anche dalle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che sono titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale, né commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica. La norma, com'è intuibile, crea non poche difficoltà applicative derivanti principalmente dalla convivenza, nella materia delle partecipazioni delle pubbliche amministrazioni, di due ordinamenti contabili differenti (finanziario ed economico-patrimoniale). Diverse le proposte finalizzate a rendere addizionabili alla spesa di personale ed alla spesa corrente dell'ente locale grandezze economiche (costi) rilevate nella contabilità societaria secondo metodologie diverse, che comprendono anche componenti non monetarie da depurare in quanto ontologicamente diverse da spesa finanziaria. La Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, nel pronunciarsi in merito ad una richiesta di parere rimessa dalla Sezione regionale Toscana, con una delibera orientativa, non preclusiva di un'eventuale pronuncia successiva e vincolante da parte delle Sezioni Riunite, ha optato (delibera 14/2011) per un metodo che, con riferimento alla fattispecie specifica, si basa sull'incremento della sola spesa di personale (numeratore del rapporto), calcolata per la società considerando l'intera voce B9 del conto economico in maniera proporzionale al corrispettivo che l'ente locale corrisponde alla società per l'erogazione del servizio. Non si opera sulla spesa corrente dell'ente locale (denominatore) in quanto in essa sarebbe già compresa la spesa corrente della società che vive di risorse trasferite dall'ente, che si ritroverebbero integralmente nel valore della produzione¹. Alla pronuncia in questione, va sicuramente riconosciuto il pregio della

¹ Delibera 14/2011 della Sezione delle Autonomie "Il metodo di calcolo si basa sulla seguente semplice proporzione: il valore della produzione della società sta alle spese totali del personale della stessa come il corrispettivo sta alla quota del costo di personale attribuibile all'ente, che è l'incognita da

coraggiosa semplicità di approccio che rende controllabile una materia così vasta e complessa, sulla quale è, però, presumibile che si dovrà tornare, quanto meno per risolvere questioni rimaste dubbie (es. esclusione dal calcolo delle partecipazioni indirette, anche se frutto di affidamenti diretti, erogazione da parte della società di un servizio tariffato² che spesso esclude corrispettivi da parte dell'ente locale) o non toccate (es. l'eventuale ripiano perdite gravato sulla spesa corrente dell'ente locale incrementerebbe il denominatore e ridurrebbe favorevolmente il rapporto, non costituendo tecnicamente un corrispettivo; il finanziamento del servizio può essere a carico anche di enti diversi da quello destinatario del servizio stesso (TPL); per ragioni correlate al contenimento della spesa, l'ente può mancare di erogare alla società il corrispettivo del servizio³). Inoltre, l'esistenza di settori *labour intensive*, fisiologicamente caratterizzati da una quota di costi di personale più elevata (TPL) che in altri (energia) dovrebbe rendere necessario considerare il rapporto con riferimento al gruppo ente locale, in cui tali differenze si affievoliscono, e non alla singola società partecipata.

Per quanto riguarda la specifica applicazione della percentuale tra spesa di personale e spesa corrente dell'ente locale, l'analisi delle risultanze acquisite tramite i questionari ex comma 166 e ss. della legge finanziaria per il 2006, relative al bilancio 2011, quando la percentuale era prevista al 40% e non comprendeva le spese delle partecipate, ha messo in evidenza che il 19% degli enti hanno superato il 40% e che il 16% di quelli che stanno sotto la soglia del 40%, si collocano nel range 35/40%.

Inoltre, la convivenza di norme che pongono limiti sanzionati alla spesa di personale dell'ente locale con norme che circoscrivono sensibilmente la possibilità di gestione attraverso società (art.3, comma 27 e ss della legge finanziaria per il 2008) o addirittura obbligano alla liquidazione o cessione societaria (art.14, comma 32 del d.l. 78/2010) pongono senz'altro difficoltà di conciliazione con la presumibile tendenza alla reinternalizzazione dei servizi da parte dell'ente locale. La questione, oggetto di differenti approcci in sede di sezioni regionali, è stata affrontata dalle Sezioni Riunite (delibera 3/2012) che hanno acceduto ad un approccio rigoroso di stretta applicazione normativa, stabilendo l'impossibilità che l'ente che abbia reinternalizzato un servizio possa superare il rapporto del 50% previsto dal legislatore, senza incorrere nell'applicazione della sanzione del divieto di assunzione.

La sanzione del superamento della percentuale del 50% grava espressamente soltanto sull'ente locale, che non potrà assumere. E' necessario, però, integrare il quadro dei vincoli previsti per le medesime tipologie societarie da considerare ai fini del rispetto del suddetto 50%, (nei limiti, però, di quelle inserite nel conto consolidato della PA) con la norma che prevede l'applicazione ad esse di tutte le norme che dispongono divieti o limitazioni alle assunzioni di personale (quindi anche della norma in questione), in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, e l'adeguamento delle proprie politiche di personale alla disciplina in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze (art.18, comma 2bis del dl 112/2008). La disposizione va, inoltre, integrata con quanto previsto dall'art.3bis del d.l. 138/2011 (previsto dall'art.25 lett.a) comma 5 del d.l. 1/2012) che ha esteso il medesimo divieto a tutte le società in house affidatarie di SPL, da considerare soggette, pertanto, allo stesso regime delle spese di personale previsto per l'amministrazione controllante. Dubbi applicativi si possono porre laddove si sia in presenza di controllo congiunto tra enti sottoposti e non sottoposti al patto cui è riferibile una disciplina assunzionale in parte differente: gli enti soggetti al patto possono assumere nei limiti del 20% della spesa corrispondente alle cessazioni avvenute l'anno precedente, gli altri in rapporto 1 a 1.

Va anche tenuto conto dell'altra disposizione contenuta nel comma 2bis dell'art.18 del dl 112/2008 che sottopone i medesimi soggetti che concorrono alla quantificazione della spesa di personale

calcolare. Per risolvere tale proporzione, si moltiplicano le spese del personale per il corrispettivo e si divide il risultato ottenuto per il valore della produzione. Questo criterio utilizza, ai fini del calcolo, il costo del personale della società (voce B9 del conto economico) senza operare particolari depurazioni, rispondendo all'esigenza sostanziale di individuare un indicatore sintetico della sostenibilità della spesa di personale dell'ente".

² Sul punto è successivamente intervenuta la Sezione regionale Toscana con la delibera 3/2012 che ha proposto di integrare sia il corrispettivo erogato alla società che la spesa corrente dell'ente locale con l'importo derivante da tariffa percepita dalla società.

³ Si veda al riguardo la Delibera 279/2011 della Sezione regionale Piemonte)

dell'ente locale, al rispetto del **patto di stabilità interno**, pur se secondo modalità definite da un DM non ancora emanato del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le regioni, sentita la Conferenza unificata. Il comma 14 dell'art.4 del d.l.138/2011 ha, peraltro, integrato il procedimento e, con riferimento alle sole società in house che gestiscono SPL a rilevanza economica, ha previsto il controllo dell'ente locale sul rispetto del patto da parte delle società tenute. Inoltre, il comma 4 dell'art.3bis del dl 138, introdotto dal dl 1/2012, ha esteso l'assoggettamento al patto a tutte le società in house ed il controllo anche all'ente di governo locale di ambito o di bacino.

Il rinvio ad un decreto ministeriale per la definizione delle modalità e della modulistica di assoggettamento al patto delle società partecipate merita qualche riflessione in più. In primo luogo, la riserva di competenza riconosciuta allo Stato con la disposizione in argomento, seppure integrata con il previsto parere della Conferenza unificata, suscita perplessità di carattere costituzionale, tenuto conto che con la sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010 era stato espunto dall'ordinamento il riferimento al patto di stabilità originariamente previsto dall'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008, in quanto "l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica (sentenze n. 284 e n. 237 del 2009; n. 267 del 2006), di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale, per le quali soltanto l'art. 117, c. 6, Cost. attribuisce allo Stato la potestà regolamentare".

Ma, in ogni caso, pur se in astratto le società in house sono da considerare assoggettate al patto in forza dell'art. 18 , comma 2bis del d.l. 112/2008, che è una norma di portata generale, la mancanza della disciplina specifica e della modulistica di assoggettamento al patto esclude l'operatività attuale delle norme di riferimento, ferma restando l'opportunità di un consolidamento dei risultati economici e patrimoniali del gruppo ente locale attraverso cui fornire una corretta rappresentazione delle risultanze contabili comunali. Con specifico riguardo alla latitudine di assoggettamento al patto, interessante risulta la delibera 7/2012 della sez reg Lombardia la quale, in forza sia dell'orientamento comunitario che delle modifiche ultimamente apportate alla normativa nazionale (art.4, comma 33 dl 138/2011, come modificato dall'art.9, comma 2, lett.h) della legge 183/2011), esclude dalla dal rispetto del patto le società miste (anche del servizio idrico) con socio operativo scelto mediante gara " a doppio oggetto", stante l'ormai assodato carattere concorrenziale dell'affidamento.

Ma tornando all'alveo tracciato dal quadro normativo, merita senz'altro considerazione il sistema di garanzie apprestato dal legislatore nei confronti dei rischi di elusione della disciplina del patto mediante contratti di servizio, più volte paventata nelle pronunce delle sezioni regionali in sede di esame delle delibere ex comma 166 o di attività consultiva. Infatti, non solo il comma 111bis dell'art.1 della legge di stabilità per il 2011 ne ha previsto la nullità, ma il successivo comma ha approntato un incisivo sistema sanzionatorio del rispetto del patto artificialmente conseguito, facente capo alla Corte dei conti, sinergicamente coinvolta sia in sede di controllo che giurisdizionale⁴. Le disposizioni sono state sostanzialmente confermate, seppure limitatamente agli enti locali (con esclusione, quindi, delle regioni), nell'art.31, commi 30 e 31 della legge di stabilità per il 2012.

Si tratta di una forma di responsabilità amministrativa di tipo sanzionatorio, che l'ordinamento già conosceva con riferimento alla sanzione parametrata all'indennità percepita, per gli amministratori degli enti territoriali che ricorrono al debito per finanziare spese non d'investimento (articolo 30, comma 15, della legge 289/2002). La norma, facendo perno sulla nullità degli atti e sulla responsabilità personale, vuole scoraggiare manovre elusive nella gestione finanziaria, finalizzate al conseguimento formale-cartolare degli obiettivi del Patto, senza tuttavia che a ciò si coniughi un rispetto sostanziale degli stessi. Sull'ampiezza e la tipologia delle manovre elusive la Corte non si è espressa se non in via esemplificativa, stabilendo, con condivisa conclusione esegetica, che le verifiche della magistratura contabile in materia di patto di stabilità rivestono natura sostanziale e non solo formale, con la

⁴ Sugli effetti conseguenti alla nullità di un provvedimento contabile si veda la sentenza della sez. giurisdiz. Umbria 184/2011.

conseguente riqualificazione di incassi e pagamenti in base alla reale configurazione giuridica dei medesimi, a prescindere dal nomen iuris. Pertanto, nell'inquadramento sostanziale di movimentazioni finanziarie, sono emerse, sempre in via esemplificativa, alcune criticità in ipotesi di realizzazione di opere da parte dell'organismo partecipato per conto dell'ente locale. Quando questa avviene attraverso somme erogate alla società in house a titolo, ad esempio, di concessione di credito o che comunque gravano sull'ente in virtù di specifici impegni contrattuali (fideiussioni) allocate dall'ente nei servizi per conto terzi, non possono essere scomutate, se non illegittimamente, dal calcolo dei saldi del patto di stabilità. Così, eventuali concessioni di credito, successivamente oggetto di rinuncia da parte dell'ente, vanno considerate versamenti a fondo perduto e ricomprese nei saldi. Oppure, quando la società partecipata assume l'onere della realizzazione di opere infrastrutturali attraverso mutui i cui oneri sono assunti a carico dall'ente sotto forma di contributi: il limite di indebitamento calcolato dall'ente con esclusivo riferimento agli interessi passivi pagati direttamente dall'ente non è corretto né può ritenersi limitata la responsabilità dell'ente stante la frequente cessione del credito pro solvendo a garanzia, e il rilascio di lettere di patronage da parte dell'ente.

Sotto il profilo dei controlli, si è già detto dell'assoggettamento delle società in house a quelli dei revisori dei conti e dell'ente locale socio o dell'ente di governo locale di ambito o di bacino, in parte introdotti dalla nuova disciplina dei SPL ed in parte preesistenti. Tra le nuove forme di controllo, oltre a quello esercitabile dall'Autorità di regolazione del settore (in particolare, in merito all'efficacia ed efficienza della gestione e al rispetto del contratto di servizio in caso di affidamento in house derivante da integrazione operativa operante a livello di ambito o di bacino ottimale, ex comma 32 lett.a) dell'art.4), merita attenzione la nuova funzione di monitoraggio e controllo attribuita alla PCM dall'art.4 del dl 1/2012 e dall'art.3bis comma 2 del dl 138/2011. Ai sensi dell'art.4 del d.l. 1/2012, la PCM vigila sul processo di adeguamento alla normativa dell'Unione europea, anche attraverso i poteri sostitutivi previsti dall'art.120 della Cost., in particolare individuando le eventuali disposizioni regionali o locali contrastanti con la tutela o la promozione della concorrenza. Nell'ambito di detti compiti, la PCM comunica al MEF gli enti che hanno provveduto ad applicare procedure di evidenza pubblica nell'organizzazione dello svolgimento dei SPL in ambiti o bacini territoriali ottimali.

Altrettanta attenzione merita la nuova forma di potere sostitutivo attribuita al Prefetto con riferimento a vari profili dell'attività dell'ente locale avente immediati effetti anche sulle società partecipate. In particolare, interessante è il potere sostitutivo, previa diffida ad adempiere entro un termine certo, previsto dal comma 32 bis dell'art.4 del dl138/2011 nei confronti degli enti locali che non abbiano dato attuazione entro i termini previsti alle disposizioni in tema di regime transitorio degli affidamenti non conformi e quello previsto dal comma 28 dell'art. 16 in presenza di mancata attuazione del primo periodo del comma 32 dell'art.14 del d.l. 78/2010 relativo al divieto per i comuni sotto i 30.000 abitanti di costituire società. Il potere sostitutivo cui si fa riferimento è quello previsto dall'art.120, comma secondo, della Costituzione.

Alcune incertezze sono state rilevate dalla dottrina circa la compatibilità della previsione del potere sostitutivo con l'inquadramento costituzionale dell'intera materia dei SPL di rilevanza economica, da sempre considerata dalla Corte delle leggi rientrando nell'articolo 117, comma 2, lett. e), vale a dire nell'ambito della *tutela della concorrenza*. L'art.120 evocato giustifica l'intervento sostitutivo del Governo *in particolare* quando si tratti di *tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali* da garantirsi in modo unitario su tutto il territorio nazionale. In altri termini, l'articolo 4, comma 32 bis, sembra ricondurre l'intera materia dei SPL di rilevanza economica sotto l'ombrello costituzionale dell'articolo 117, comma 2, lett. m), sottraendolo alla materia della *tutela della concorrenza* prevista dalla precedente lett. e) sconfessando quanto stabilito dalla stessa Corte Costituzionale in innumerevoli arresti.