

Numero ____/____ e data __/__/____ Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 8 marzo 2017

NUMERO AFFARE 00335/2017

OGGETTO:

Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la semplificazione e la pubblica amministrazione.

Schema di decreto legislativo concernente "*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*";

LA SEZIONE

Vista la nota n.323 del 24/02/2017 con la quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Ministero per la semplificazione e pubblica amministrazione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

visto il decreto del Presidente del Consiglio di Stato, 1 marzo 2017 n. 24, di nomina della Commissione speciale per l'affare in epigrafe indicato;

considerato che, nell'adunanza dell'8 marzo 2017, presenti anche il presidente aggiunto Marco Lipari, la Commissione speciale ha esaminato gli atti e uditi i

relatori, consiglieri Vincenzo Neri, Vincenzo Lopilato e Luigi Tarantino;

PREMESSO E CONSIDERATO:

1. L'esigenza di dare attuazione alla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016

Con nota del 24 febbraio 2017, prot. n. 323, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha chiesto il parere sullo schema di decreto legislativo concernente "*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*".

Nella relazione si specifica che con riferimento al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), la delega contenuta nell'articolo 16, comma 7, della legge 7 agosto 2015, n. 124 prevede che, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui ai commi 1, 2 e 3 dello stesso articolo, il Governo possa adottare, nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura stabiliti dal medesimo articolo, uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive.

L'intervento integrativo e correttivo sul predetto decreto legislativo per la Presidenza del Consiglio discende anche dalla necessità di dare attuazione alla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, tra gli altri, dell'articolo 18 nella parte in cui, in combinato disposto con l'articolo 16, commi 1 e 4, prevedeva che i decreti legislativi attuativi fossero adottati previa acquisizione del parere reso in Conferenza unificata, anziché previa intesa. È noto, infatti che la citata sentenza n. 251 del 2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 124 del 2015, non ritenendo soddisfatto, su alcune specifiche materie di competenza anche regionale, il rispetto del principio di leale collaborazione. In particolare, nella sentenza si è affermato che tale principio deve essere assicurato anche nell'ambito del procedimento legislativo con un coinvolgimento delle autonomie regionali attraverso lo strumento dell'intesa e non del semplice parere.

La Corte Costituzionale ha altresì precisato che l'illegittimità costituzionale resta circoscritta alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estende alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si sottolinea nella sentenza, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione.

In questa sede giova ricordare che questo Consiglio di Stato, in risposta a un quesito formulato dal Ministro per la semplificazione e la Pubblica Amministrazione, ha espresso il parere 17 gennaio 2017 n. 83, rilevando innanzitutto l'importanza di "portare a termine le previsioni della l. n. 124 a seguito della sentenza della Corte", anche "per non far perdere slancio riformatore all'intero disegno: i decreti legislativi interessati dalla sentenza costituiscono, infatti, non soltanto misure di grande rilievo di per sé, ma anche elementi di una riforma complessiva, che risulterebbe meno incisiva se limitata ad alcuni settori".

Nel merito, la Commissione speciale di questo Consiglio di Stato ha indicato al Governo le modalità con cui attuare la sentenza della Corte senza far venir meno le riforme già adottate, affermando che:

non è necessario intervenire nuovamente sulla legge delega, poiché questa deve ritenersi già riscritta dalla Corte in conformità al dettato costituzionale, con la previsione dell'intesa al posto del parere;

i decreti legislativi già adottati "restano validi ed efficaci fino a una eventuale pronuncia della Corte che li riguardi direttamente, e salvi i possibili interventi correttivi che nelle more dovessero essere effettuati";

il Governo può raggiungere ora l'intesa con le Regioni in Conferenza Stato-Regioni, o in Conferenza unificata a seconda dei casi, secondo la normativa vigente (d.lgs. n. 281 del 1997);

il Governo può far confluire tale intesa in decreti correttivi (previsti dalla stessa legge Madia) che intervengano direttamente sui decreti legislativi già vigenti per

sanare il vizio procedimentale di illegittimità costituzionale;

l'intesa "deve riferirsi al decreto nel suo complesso", e non solo a sue singole parti; rientra nella disponibilità delle parti dell'intesa disciplinare anche degli effetti già dispiegati nel "periodo intercorso tra l'entrata in vigore del decreto legislativo originario e quella del decreto correttivo".

In sintesi, e per quanto più direttamente interessa in questa sede, nel predetto parere, il Consiglio di Stato, in conformità a quanto statuito nella sentenza della Consulta n. 251 del 2016, ha precisato che il percorso più ragionevole e compatibile con l'impianto della sentenza "sembra essere quello che il Governo adotti decreti correttivi che intervengano direttamente sui decreti legislativi e che si risolvano nell'applicazione della disciplina della delega – come modificata dalla Corte costituzionale – al processo di riforma in corso".

Sotto questo profilo, ad avviso del Consiglio di Stato lo schema di decreto in esame, nella sua impostazione, appare adeguarsi correttamente alle indicazioni della Consulta e a quelle, attuative, contenute nel predetto parere.

In particolare, l'art. 2 dello schema introduce, innovativamente, una modifica alle premesse, come suggerito nel parere n. 83 del 2017.

Inoltre, appare opportuno ribadire che l'intesa con le Regioni riguardi esplicitamente sia il decreto correttivo sia le disposizioni già introdotte con il testo unico in una prospettiva di sanatoria *ex tunc* delle norme introdotte. Tale esigenza appare efficacemente presa in considerazione dal combinato disposto dell'art. 1 e dell'art. 18 dello schema di decreto in esame: l'art. 1 ha una valenza confermativa delle disposizioni non modificate dal correttivo stesso, l'art. 18 fa salvi gli effetti già prodotti dal decreto legislativo n. 175 del 2016. Entrambe queste norme, sottoposte anch'esse all'intesa, come tutto il decreto correttivo, appaiono fornire all'intera riforma un effetto sanante, in attuazione del *dictum* della Corte costituzionale.

Resta, ovviamente, ferma la necessità – che si rimette al Governo – di considerare,

in concreto, l'andamento del procedimento di intesa presso la Conferenza unificata e il suo esito finale.

2. Il ruolo dei decreti correttivi di un decreto legislativo

Venendo al merito dello schema in oggetto, va innanzitutto rilevato che si tratta del primo parere che viene reso sui decreti correttivi che il Governo intenderà adottare per modificare e integrare i decreti legislativi di attuazione della riforma della pubblica amministrazione di cui alla legge n. 124 del 2015.

Pertanto, a giudizio di questo Consiglio, l'adozione del correttivo non può limitarsi alla, pur fondamentale, esigenza relativa alla partecipazione regionale al procedimento normativo di cui si è detto *retro* (§1). Oltre che essere l'occasione per "sanare" il *deficit* partecipativo rilevato dalla sentenza della Corte costituzionale, esso deve anche servire ad apportare tutte quelle modifiche necessarie per un miglior funzionamento, in sede applicativa, delle norme originariamente introdotte.

Occorre, allora, considerare le potenzialità (e i limiti) di tale strumento nella logica complessiva della legge n. 124 e in quella generale del 'modello' dei decreti legislativi correttivi.

È pertanto opportuno effettuare, sinteticamente, alcune considerazioni di massima sul ruolo dei decreti integrativi e correttivi: una figura non prevista dall'art. 76 Cost., ma ormai stabile nella più recente prassi costituzionale.

2.1 Sotto un primo profilo, non può che confermarsi il consolidato orientamento (ribadito, da ultimo, nel parere n. 855 del 2016, sul codice dei contratti pubblici), secondo cui il mancato recepimento di una parte della delega entro il termine di scadenza consuma definitivamente il relativo potere, e tale mancato esercizio non può essere recuperato in sede di adozione di decreti correttivi.

Tramite questi ultimi sono consentite, appunto, "integrazioni e correzioni" (anche rilevanti), a seguito di una periodo di "sperimentazione applicativa", riguardanti le parti di delega già esercitate, ma non un esercizio tardivo, per la prima volta, delle

delega.

Inoltre, lo strumento del correttivo non può nemmeno costituire una sorta di ‘nuova riforma’, pur rispettosa della delega originaria, che modifichi le scelte di fondo operate in sede di primo esercizio della delega, attuando un’opzione di intervento radicalmente diversa da quella del decreto legislativo oggetto di correzione (cfr. Corte cost. 26 giugno 2001 n. 206; Cons. St., ad. gen., 6 giugno 2007 n. 1; Cons. St., sez. norm., 9 luglio 2007 n. 2660/07; Id., 5 novembre 2007 n. 3838/07; Id., 26 luglio 2011 n. 2602).

2.2 Se quello sopra esposto è il ‘limite’ dei decreti correttivi, è necessario, per converso, evidenziarne anche le potenzialità e le utilità.

Esse sono intrinsecamente connesse – e per questo sono ancora più importanti – alla “fase cruciale dell’attuazione” di ogni riforma, come il Consiglio di Stato ha avuto modo di definirla in molteplici occasioni (in relazione ai decreti di attuazione della l. n. 124 del 2016, cfr. pareri: Sez. consultiva atti normativi 24 febbraio 2016, n. 515, al punto 3; Comm. spec. 30 marzo 2016, n. 839, al punto 1 del ‘considerato’; Comm. spec. 1° aprile 2016, n. 855, ai punti II.f).4, II.f).5 e II.g).1; Comm. spec. 7 aprile 2016, n. 890, al punto 1 del ‘considerato’; Comm. spec. 15 aprile 2016, n. 929, punti 1.5 e 3.1 del ‘considerato’; Comm. spec. 3 maggio 2016, n. 1075, al punto 2, parte I del ‘premessato e considerato’; Comm. spec. 5 maggio 2016, n. 1113, al punto 2; Comm. spec. 9 maggio 2016, n. 1142, ai punti 2.4 e 3.3, parte I, e 6.8.1, parte II, del ‘considerato’; Comm. spec. 12 maggio 2016, n. 1183, punto 2.2 del ‘considerato’; Comm. spec. 13 luglio 2016, n. 1640, al punto 2 del ‘premessato e considerato’; Comm. spec. 4 agosto 2016, n. 1784/2016, punto A-2 del ‘considerato’).

Come si è ripetuto più volte (*in primis*, con il citato parere n. 515 del 2016), una riforma è tale solo quando raggiunge un’effettiva attuazione, che sia percepita da cittadini e imprese e rilevata dai dati statistici. A questo scopo, l’adozione dei decreti legislativi attuativi di una legge (-delega) di riforma non è sufficiente:

l'esperienza internazionale insegna che sempre più spesso le riforme 'si perdono' nelle prassi amministrative conservative, nel difetto di un'adeguata informatizzazione, nel mancato apprendimento dei meccanismi da parte degli operatori pubblici, nel difetto di comunicazione con i cittadini e le imprese, che non riescono a conoscere, e quindi a rivendicare, i loro nuovi diritti.

Orbene, questa "fase cruciale" dell'attuazione passa, innanzitutto, attraverso la verifica delle disfunzioni – giuridiche, amministrative o anche semplicemente pratiche – del testo originario. Ogni riforma può presentare all'inizio criticità o lacune; queste possono essere eliminate e l'impianto normativo può essere migliorato con una fase di progressivo adattamento: questo è il ruolo essenziale demandato ai decreti "integrativi e correttivi".

Con tali decreti, infatti, si può (e si deve) intervenire, da un lato, per garantire la "qualità formale" del testo, con l'eliminazione di illegittimità, refusi, difetti di coordinamento, errori tecnici, illogicità, contraddizioni, dall'altro – e forse soprattutto – per apportare le correzioni e le integrazioni che l'applicazione pratica renda opportune, se non indispensabili, per il buon funzionamento della riforma.

Tali misure non sono 'aggiuntive' rispetto alla riforma medesima, ma fanno parte integrante della stessa, e ne possono determinare il successo in misura rilevante.

Può dunque affermarsi, concludendo su questo punto, che, così come il 'modello' della legislazione delegata disegnato dall'art. 76 Cost. e attuato nella prassi costituzionale costituisce, potenzialmente, uno degli strumenti di intervento più efficaci per costruire una riforma organica (nella sua interazione tra Parlamento e Governo, tra indirizzi di *policy* e normativa di dettaglio, e con un *decision making process* ormai partecipato e arricchito da vari pareri), così il 'modello' del decreto legislativo integrativo e correttivo costituisce uno strumento fondamentale, altrettanto importante, per assicurarne la realizzazione in concreto.

2.3 Esaminati i limiti e le potenzialità della figura del decreto correttivo, occorre ora far cenno alle sue modalità di istruttoria, di preparazione e di redazione, alla

stregua dei più recenti principi di qualità della regolazione.

Oltre alla necessaria analisi tecnico-giuridica della normativa da emendare, è sempre più importante – nella prospettiva di realizzare il “miglioramento della qualità normativa, la semplificazione e l’efficienza di procedure e organismi, cui lo sforzo riformatore del Governo si è indirizzato” (Cons. St., sez. norm., parere 24 febbraio 2016 n. 515) – che la correzione presupponga l’individuazione di una criticità applicativa, di cui va dato adeguato conto con strumenti *ad hoc*, presenti da tempo nell’ordinamento e più volte richiamati da questo Consiglio di Stato nella sua recente giurisprudenza consultiva, quali l’AIR e – soprattutto – il monitoraggio e la VIR.

Difatti, nel rispetto del principio di stabilità dell’ordinamento giuridico, occorre assicurare che le norme abbiano un tempo ragionevole di applicazione e di assimilazione, consentendo agli operatori di adeguarsi ad esse. Continui cambiamenti decisi senza un’adeguata istruttoria e non giustificati da un effettivo riscontro nella pratica nuocciono alla certezza delle regole, alla stabilità del quadro regolatorio, alla efficienza di amministrazioni e imprese.

Non a caso, già con il parere 1 aprile 2016 n. 855 (reso sullo schema del Codice appalti), al paragrafo II.f).5, il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare che un’attività diversa, ma non meno importante di quella attuativa, è l’attività di monitoraggio e di valutazione *ex post* dell’impatto della regolazione, anche “quale punto di partenza essenziale per i successivi interventi correttivi e di *fine tuning* della riforma”.

Più specificamente, questo Consiglio di Stato ha anche affermato (con riguardo al secondo decreto legislativo in materia di SCIA: Comm. spec. 4 agosto 2016, n. 1784/2016, punto A-2.2 del ‘considerato’) che ciascun intervento correttivo “postula un’azione di costante monitoraggio del funzionamento delle norme, volta a verificarne l’idoneità a perseguire in concreto gli obiettivi fissati dalla legge: ciò rende necessaria anche una verifica di impatto successiva all’entrata in vigore delle

nuove norme (la cd. VIR, di cui al d.P.C.M. 19 novembre 2009, n. 212, di attuazione dell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 244), così da identificare (e subito ridurre) eventuali oneri di comprensione, interpretazione, pratica applicazione da parte di tutti i destinatari, nonché per prevenire il possibile contenzioso con interventi correttivi o di chiarimento.

Difatti, la VIR e in generale il monitoraggio sono indispensabili per due ragioni:

- da un lato, per verificare se la riforma ha effettivamente raggiunto gli obiettivi attesi, ha davvero migliorato l'attività di cittadini e imprese (e quindi, come si è detto, se la riforma "annunciata" è stata anche 'percepita' e 'rilevata');
- dall'altro, per predisporre su una base istruttoria seria e 'quantitativamente informata' i più efficaci interventi integrativi e correttivi".

In altri termini, l'analisi *ex post* (compiuta tramite la VIR) degli effetti dell'intervento iniziale deve trasfondersi, dopo una fase di prima attuazione adeguata e ben monitorata, nella costruzione di interventi integrativi e correttivi mirati.

Dell'impatto auspicato di questi ultimi deve darsi conto nella scheda di AIR dell'intervento correttivo, che deve dare espressamente conto di tale processo, traendo il suo principale fondamento istruttorio proprio dalla VIR del testo da correggere.

2.4 Tornando allo schema di correttivo in esame, occorre rilevare che, nel caso di specie, la scheda AIR – che dovrebbe fondarsi, come si è detto, sul monitoraggio e sulla valutazione *ex post* (tramite lo specifico strumento della VIR) del t.u. n. 175 del 2016 – risulta del tutto carente, perché tale scheda si sofferma, invece, principalmente sulla necessità di dare attuazione alla sentenza della Corte costituzionale, senza esaminare adeguatamente i molteplici aspetti relativi al funzionamento in concreto della riforma nei suoi primi mesi di attuazione.

Alla stregua di quanto esposto, questa Commissione speciale, partendo dal fermo convincimento che il decreto correttivo debba introdurre – senza assumere la

consistenza di una ‘nuova riforma’ – tutte le modifiche che si rendono necessarie per un buon funzionamento, in sede applicativa, dell’originario decreto legislativo, si soffermerà non soltanto sulle modifiche apportate con lo schema di correttivo, ma anche sulle disposizioni del testo unico per le quali lo schema non propone modifiche.

Verrà, pertanto, dedicata particolare attenzione sia alle questioni già segnalate col primo parere (21 aprile 2016 n. 968) che si ritengono ancora meritevoli di considerazione nel testo unico, sia a quelle che sono state segnalate in dottrina o che sono emerse nella pratica (anche alla luce del primo contenzioso) successivamente alla pubblicazione del decreto legislativo n. 175 del 2016.

Tale operazione assume, nel caso di specie, un significato particolare, poiché gli interventi correttivi in questione potrebbero anche essere adottati con un secondo, successivo, intervento correttivo, considerato il termine ancora ampio che precede la scadenza della delega per tali decreti (settembre 2017).

Ciò non esime il Governo, per i futuri interventi, a tener conto dei rilievi sopra esposti e a procedere necessariamente, prima dell’adozione di ciascun decreto correttivo, ad un’effettiva verifica *ex post* dell’impatto delle norme su cui si interviene, di cui dar conto adeguatamente nell’AIR del correttivo medesimo.

3. Osservazioni sull’articolato del d.lgs. n. 175 del 19 agosto 2016

Come esposto *retro* (§2), la Commissione speciale ritiene preferibile procedere a esporre le osservazioni con riferimento agli articoli del testo unico.

Ciò consentirà di effettuare delle osservazioni, come detto, non solo sulle modifiche apportate dal decreto correttivo ma anche su ulteriori aspetti che la Commissione intende segnalare.

Articolo 1

Con riferimento all’articolo 1 del testo unico, come modificato dall’articolo 3 del decreto correttivo, la Commissione propone di modificare così il comma 5: ‘*Le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle*

società quotate, come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), nonché alle società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano controllate direttamente o partecipate da amministrazioni pubbliche”.

In tal modo, si evidenzia meglio il collegamento tra le amministrazioni partecipanti e le società; utilizzando l'avverbio “*direttamente*” al posto della congiunzione “*anche*” si ottiene inoltre il risultato di rendere la deroga della deroga – che nel caso di specie porta ad applicare nuovamente la disciplina del testo unico – più chiara e, soprattutto, conforme alla *ratio* della norma.

Si segnala, inoltre, che la modifica recata dallo schema di decreto correttivo alla collocazione sistematica alle società controllate (direttamente) o partecipate da amministrazioni pubbliche comporta l'esigenza di un coordinamento con l'art. 2-*bis* del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni), inserito dall'art. 3, comma 2, D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

Tale norma ha ridefinito il campo di applicazione soggettivo degli obblighi di trasparenza mediante una disciplina che distingue il regime delle società in controllo pubblico, delle società quotate e delle altre società a partecipazione pubblica. In questa sede interessa rilevare che il comma 2 lettera b) dell'art. 2-*bis* dispone che “sono escluse le società quotate come definite dallo stesso decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124”. Il rinvio è pertanto effettuato al vigente art. 2 del d.lgs. n. 175 del 2016, il quale include anche le società partecipate dalle società quotate “salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche”. Lo schema di decreto correttivo, come già sottolineato, intende sopprimere quest'ultimo inciso, spostandone il contenuto precettivo all'art. 1, comma 5.

Per evitare, pertanto, che le società partecipate dalle società quotate rientrino nel campo applicativo del d.lgs. n. 33 del 2013, è necessario che venga inserita nello

schema di decreto correttivo la seguente modifica al comma 2, lettera b) del suddetto decreto legislativo: *“Sono escluse le società quotate, comprese le società da esse partecipate, salvo che quest’ultime sia anche controllate direttamente o partecipate da amministrazioni pubbliche”*.

Articolo 2

Al comma 1, la lettera o) (che reca la definizione delle società *in house*) fa riferimento soltanto al primo dei cd. ‘requisiti Teckal’ (quello del “controllo analogo”), e non anche a quello dell’“attività prevalente” (che, oltretutto, il T.U. ha rimodulato rispetto alla sua iniziale portata, in conformità alla nuova normativa UE). Trattandosi di definizione di origine eurounitaria, la definizione dovrebbe essere integrata aggiungendo le seguenti parole: *“e in cui oltre l’80% delle attività sono effettuate nello svolgimento dei compiti affidati dall’amministrazione o dalle amministrazioni controllanti o da altre società controllate dall’amministrazione controllante”*.

Articolo 3

Appare opportuno, con specifico riferimento alle commesse estere, chiarire che i limiti di cui all’art. 3, comma 1, non si applicano alla costituzione/partecipazione da parte delle società partecipate di società all’estero che, come è ovvio, non possono avere la forma di S.p.A. o S.r.l.

Articolo 4, comma 2

Nell’ambito delle lettere a) e c) del comma 2 dell’art. 4 del d.lgs n. 175 del 2016, andrebbe considerata dal correttivo la possibilità di inserire, tra le finalità perseguibili mediante l’acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche, accanto a quella dei *“servizi di interesse generale”* anche quella dei *“servizi di interesse economico generale”* (cfr. il parere Comm. spec. 3 maggio 2016, n. 1075, in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale).

Con tale espressione si intendono, infatti, secondo la definizione eurounitaria, quei

servizi che – a differenza dei primi – presuppongono l'esistenza di un'attività d'impresa che si colloca sul mercato ma che, per assicurare la sua specifica missione, è tenuta a garantire degli obblighi di servizio per fornire determinati standard di prestazioni che, in assenza dell'intervento statale regolatorio, non sarebbero garantiti in un contesto di libera impresa. Tale inserimento appare coerente con la previsione di tale tipologia di servizi, contenuta nelle definizioni di cui all'art. 2, comma 1, lett. i) del D.lgs. n. 175/2016, e con i contenuti della Legge Delega (che espressamente menziona tale tipologia di servizi all'art. 18, comma 1, lett. b) L. n. 124/2015).

Articolo 4, comma 3

La disposizione in esame prevede che «al solo fine di ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio, le amministrazioni pubbliche possono, altresì, anche in deroga al comma 1, acquisire partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato».

Questa norma non è stata oggetto di modifiche da parte dello schema di decreto correttivo.

La Commissione speciale rileva quanto segue.

Il Consiglio di Stato, con il parere n. 968 del 2016, aveva espresso dubbi in ordine alla previsione di questa tipologia di attività ammessa, rilevando come l'ampiezza applicativa della previsione, derivante dalla mancata indicazione della natura degli immobili coinvolti e della stessa società conferitaria, avrebbe rischiato di consentire la costituzione di società pubbliche che, mediante l'espedito del conferimento di beni immobili, avrebbero indirettamente continuato a svolgere attività di impresa, in contrasto con l'intento della riforma, che è quello di limitare e non di moltiplicare l'impiego degli strumenti societari.

La Commissione ribadisce queste criticità, suggerendone la considerazione in sede di adozione del decreto correttivo.

In particolare, occorre che si chiarisca quale tipologia di beni pubblici può essere coinvolta dall'attività svolta dalle società in esame e come la norma si inserisce nel complessivo sistema normativo in materia di valorizzazione e alienazione dei beni pubblici. A tale fine, è necessario stabilire se l'attività consentita possa coinvolgere soltanto il patrimonio disponibile ovvero anche beni demaniali o del patrimonio indisponibile. In presenza, infatti, di quest'ultima tipologia di beni le uniche forme di impiego sono quelle mirate alla gestione efficiente e alla valorizzazione e non anche, permanendo il vincolo pubblicistico, alla eventuale alienazione.

In definitiva, la genericità dell'oggetto del trasferimento alle società unitamente alla genericità dell'attività che le società stesse possono svolgere rischia di privare la norma di una sua concreta utilità in contrasto con le stesse complessive finalità perseguite dal testo unico.

Articolo 4, comma 4

La disposizione, non modificata dallo schema di correttivo, afferma che: «*Le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti.*».

Allo scopo di prevenire possibili dubbi appare opportuno chiarire, ad avviso di questa Commissione speciale, che, in caso di società *in house*, i vincoli previsti dal medesimo articolo in ordine alle finalità perseguibili con le partecipazioni pubbliche riguardano anche la quota, inferiore al 20% della propria attività, che può essere rivolta al mercato.

Articolo 4, comma 9, prima parte

La norma in esame prevede che «*con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze o dell'organo di*

vertice dell'amministrazione partecipante, motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1, anche al fine di agevolare la quotazione ai sensi dell'articolo 18, può essere deliberata l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione pubblica. Il decreto è trasmesso alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti».

Il Consiglio di Stato, con il parere n. 968, aveva espresso riserve in ordine alla compatibilità del potere amministrativo generale di esclusione attribuito al Presidente del Consiglio dei ministri con il principio di legalità.

Si era, pertanto, rappresentata la necessità di inserire, nel decreto stesso, criteri normativi idonei a fungere da idoneo parametro di riferimento nell'esercizio del predetto potere. In particolare, si era indicato quale criterio – che avrebbe consentito di indirizzare l'attività governativa e al contempo contribuito a chiarire quale sarebbe stata la norma applicabile una volta sancita l'esclusione della società dal perimetro applicativo della riforma – quello di fare salva esclusivamente la disciplina delle società per le quali si ritenga che le deroghe poste dallo stesso testo unico alla disciplina privatistica non abbiano ragion d'essere. L'esercizio del potere avrebbe dovuto, pertanto, rendere sempre applicabile il regime ordinario civilistico e non altre regole speciali o derogatorie, che, comunque, non potrebbero essere introdotte con una fonte non legislativa. Si era, inoltre, sottolineato come utili indici sintomatici della idoneità delle società a partecipazione pubblica ad essere escluse dall'applicazione del decreto avrebbe potuto essere, tra gli altri, la virtuosità finanziaria, lo svolgimento di attività d'impresa per il perseguimento di rilevanti interessi pubblici, l'aver conseguito affidamenti in base a procedure competitive. Infine, il Consiglio di Stato aveva rilevato come l'esercizio del potere non avrebbe potuto mai determinare l'esclusione totale delle società individuate dall'ambito applicativo del decreto, in quanto avrebbe dovuto comunque trovare

applicazione il “vincolo di scopo” relativo al rispetto delle finalità istituzionali pubbliche.

Nel testo del decreto vigente è stato recepito soltanto quest’ultimo rilievo e non anche gli altri sopra esposti.

In questa sede, la Commissione speciale ribadisce le rilevanti criticità già evidenziate – soprattutto in relazione alla possibile violazione del principio di legalità e alla dubbia sussistenza di un fondamento nella legge di delega – al fine di una loro valutazione in sede di predisposizione del decreto correttivo.

Articolo 4, comma 9, seconda parte

L’art. 5 dello schema di decreto correttivo intende aggiungere all’art. 4, comma 9, sopra riportato, la seguente norma: *«Il Presidente della Regione, con provvedimento adottato ai sensi della legislazione regionale e nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità, può deliberare l’esclusione totale o parziale dell’applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione regionale, motivata con riferimento alla misura e alla qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma».*

La ragione giustificativa della introduzione della suddetta norma è, nelle intenzioni del Governo, quella di garantire il rispetto delle competenze costituzionali che le Regioni hanno in questo ambito alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 251 del 2016.

La Commissione esprime il suo parere negativo su questa disposizione.

La simmetria del potere regionale previsto con quello governativo statale non soltanto determina l’estensione alla norma in esame dei rilievi critici già formulati in relazione a quest’ultimo, ma crea una ulteriore ed ancor più grave criticità.

L’aggiunta in questione, difatti, consentirebbe a un’autorità regionale di derogare, con suo provvedimento, a una disciplina statale generale propria dell’ordinamento civile.

Tale possibilità provoca un *vulnus* nell'omogeneità e nell'uniformità dell'applicazione del diritto privato che non trova alcun fondamento, non soltanto nella legge delega, ma neppure nei principi generali dell'ordinamento.

Peraltro, la *ratio* della correzione sembra muovere anche da un presupposto inesatto. La volontà di contemplare un sistema di garanzia delle autonomie regionali non dovrebbe riguardare tutte le «*società a partecipazione regionale*», ma soltanto le “società strumentali” all'esercizio di funzioni di competenza della Regione. Infatti, le competenze regionali possono venire in rilievo, in via prevalente, quando si tratta di società pubbliche che si inseriscono nell'ambito dell'organizzazione regionale. E ciò accade nel caso in cui le società regionali non svolgono attività in un libero mercato (sia pure in modo conformato dai nuovi vincoli legali che escludono lo svolgimento della ordinaria attività di impresa) ma pongono in essere «attività amministrativa in forma privatistica» in favore dell'ente regionale stesso. Ne consegue che soltanto nel caso in cui vengano in rilievo tali tipologie societarie – che costituiscono il risultato di una «delle possibili modalità di svolgimento dei servizi strumentali alle (...) finalità istituzionali» delle Regioni (cfr. Corte cost. n. 229 del 2013) – si potrebbe giustificare un intervento derogatorio, che comunque non sembra poter mai giungere fino alla previsione di un potere amministrativo regionale *tout court* di esclusione delle stesse dal perimetro della riforma, ma dovrebbe comunque avvenire di intesa con l'autorità statale.

Articolo 5, comma 1

L'articolo 6, comma 1, lett. a), dello schema di decreto correttivo intende sopprimere, al comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. n. 175, le parole “*in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche*”.

A parere della Commissione speciale, la soppressione di questa locuzione determinerebbe un'attenuazione dell'obbligo di analitica motivazione giustamente richiesto dall'articolo 5 del decreto legislativo n. 175, e si porrebbe in contrasto con

l'impianto fondamentale tracciato dal parere reso nel 2007 da questo Consiglio (sez. II, 18 aprile 2007 n. 456) nonché dalla successiva giurisprudenza (Cons. St., Ad. Plen. n. 1/2008).

Peraltro, l'inciso che si vorrebbe sopprimere, grazie ai rinvii operati dagli artt. 8 e 7, finisce per garantire l'unico onere motivazionale effettivamente stringente per l'attività di acquisto presso terzi delle partecipazioni sociali. Questa, non essendo sottoposta ad alcun onere di selezione competitiva del venditore, può ritenersi sottoposta unicamente ai principi di mercato. Eliminando l'onere di indicare la possibile «*destinazione alternativa delle risorse*» si potrebbero legittimare operazioni che, pur essendo astrattamente conformi a criteri economici, risultino comunque discriminatorie, perché l'amministrazione potrebbe favorire un potenziale venditore al posto di un altro.

Articolo 5, comma 2

Il comma 2 dell'articolo 5 viene modificato prevedendo che, in caso di costituzione o di assunzioni di partecipazioni da parte di enti locali, lo schema deliberativo deve essere sottoposto a forme di consultazione pubblica “*secondo modalità da essi disciplinate*”.

Questo Consiglio di Stato rileva che, al fine di assicurare una maggiore uniformità di comportamento – evitando, al contempo, aggravii eccessivi del procedimento decisionale degli enti – appare preferibile l'emanazione di un decreto del Presidente della Giunta Regionale (in linea con quanto previsto dallo schema di decreto correttivo in relazione all'art. 4, c. 9, dello stesso d.lgs. n. 175/2016 in materia di possibili esclusioni dall'applicazione del testo Unico), ovvero un DPCM adottato previa intesa con la Conferenza Unificata Stato Regioni (in analogia a quanto previsto dallo schema di decreto correttivo in relazione all'art. 11, c. 1, del d.lgs. n. 175/2016 per la definizione dei requisiti di onorabilità e professionalità degli amministratori delle società in controllo pubblico).

Articolo 6

Il comma 1 della norma in esame prevede che *«le società a controllo pubblico, che svolgano attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, in deroga all'obbligo di separazione societaria previsto dal comma 2-bis dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, adottano sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi e per ciascuna attività»*.

Il Consiglio di Stato, con il parere n. 968, aveva formulato i seguenti rilievi.

In primo luogo, si era richiesto di precisare l'ambito in cui l'attribuzione di un *«diritto speciale o esclusivo»* può far sorgere un dovere di attuazione del principio di separazione. In particolare, si era rilevata l'opportunità di chiarire che, nei casi in cui tali diritti siano stati riconosciuti secondo modalità tali da assegnare ad essi valenza "non di privilegio", il principio di separazione non dovrebbe operare. In questa prospettiva, potrebbero venire in rilievo i casi in cui detti diritti siano attribuiti all'esito di una procedura di gara (come previsto dall'art. 114, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 50 del 2016) ovvero quale forma di "compensazione" rispetto agli obblighi di servizio di interesse economico generale imposti alla società pubblica.

In secondo luogo, si era segnalato che l'esigenza di assicurare il rispetto del principio di separazione si pone anche nel caso in cui la società svolga contestualmente attività amministrativa e attività economica. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 236 del 2008, ha affermato che anche in questi casi si debba assicurare il rispetto del principio in esame.

Infine, il Consiglio di Stato avevo suggerito di introdurre, per evitare non ragionevoli differenziazioni di trattamento, una disposizione che preveda che il principio di separazione operi allo stesso modo in presenza di un'attività posta in essere da società private. Si era, pertanto, proposto di modificare il comma 2-bis dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nel senso di consentire anche per quest'ultime l'operatività del principio di separazione contabile, fermo restando, da un lato, le specifiche disposizioni di legge che, in relazione a settori particolari,

impongono il rispetto del principio di separazione strutturale, dall'altro, il potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di segnalare la necessità di un maggiore rigore.

In questa sede si ribadiscono i rilievi sopra riportati ai fini di un loro esame in sede di adozione del decreto correttivo.

Articolo 11

In relazione agli organi amministrativi e di controllo delle società in controllo pubblico, appare opportuno introdurre alcune precisazioni per rendere più efficace la disciplina restrittiva introdotta, specificando che:

nell'ambito del comma 6, primo periodo, il previsto d.m. sugli indicatori dimensionali ed i corrispondenti limiti ai compensi si applica alle società a controllo pubblico "*diretto ed indiretto*" (in linea con quanto attualmente previsto dal d.m. n. 166 del 2013);

nel comma 6, secondo capoverso, che ai fini del controllo sul superamento del limite ai compensi, si deve tenere conto dei compensi corrisposti non solo da altre pubbliche amministrazioni o da altre società in controllo pubblico ma anche da "*altre società partecipate*", al fine di evitare possibili elusioni all'applicazione dei limiti previsti.

Articolo 12

La norma in esame dispone che: *«1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.*

2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei

rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione».

La Commissione speciale rileva come tale norma non sia stata modificata dallo schema di decreto correttivo, pur essendo una di quelle che hanno suscitato, sinora, il più ampio dibattito dottrinario, in relazione ai dubbi interpretativi che ne emergono.

Le perplessità sorte in questa prima fase di applicazione del decreto n. 175 inducono a raccomandare di apportare alla disposizione in esame le seguenti modifiche.

Gli orientamenti della Cassazione, prima delle riforma, erano chiari nel devolvere: *i)* alla giurisdizione contabile le questioni di responsabilità relative alle società *in house*; *ii)* alla giurisdizione ordinaria le questioni relative alle altre società pubbliche con due eccezioni relative alle ipotesi del “danno diretto” subito dall'ente e del danno conseguente al mancato controllo da parte del rappresentante del socio pubblico. Era stato previsto, pertanto, un “doppio binario” di giurisdizione dipendente dalla natura della società.

Il Consiglio di Stato rileva come sia necessario che vengano definite con maggiore chiarezza le regole che presiedono al suddetto riparto, sotto almeno tre profili.

In relazione alle società *in house*, la formulazione attuale del comma 1 fa sorgere dubbi in ordine alla esclusività della giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*. L'espressione «*salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house*» che segue la previsione che attribuisce la giurisdizione al giudice ordinario, potrebbe infatti indurre a ritenere che vi possa essere una concorrenza di giurisdizioni anche in relazione alla medesima condotta. Tale dubbio potrebbe essere fugato introducendo, ad esempio, la parola “*esclusiva*” dopo la parola “*giurisdizione*”,

riferita alla Corte dei conti.

In relazione alle altre società, il riferimento operato dal comma 1 ai «*limiti della quota di partecipazione pubblica*» è equivoco e andrebbe espunto, perché fa intendere che vi possano essere altri “danni erariali” ulteriori rispetto a quello subito dalla quota di partecipazione. In altri termini, non esiste un danno sociale “più ampio”, da ridimensionare in proporzione all’entità delle partecipazioni detenute, ma quello alle partecipazioni è l’unico danno erariale configurabile.

Infine, sempre in relazione a tali società, al comma 2 dovrebbe essere chiarito – come si era già affermato nel parere n. 968 – che il solo danno erariale che viene in rilievo è quello “*diretto*” al patrimonio dell’ente (quale è, ad esempio, il danno all’immagine) e non anche un “danno indiretto” quale conseguenza mediata del pregiudizio subito dall’ente pubblico alla propria “partecipazione sociale”.

Articolo 14 e articolo 21

Un’ulteriore necessità di intervento da parte del correttivo va segnalata con riferimento alla disciplina del fallimento delle società *in house*, che va affrontata esaminando congiuntamente gli articoli 14 e 21 del t.u. n. 175 del 2016.

Da un punto di vista formale, al comma 1 si suggerisce di sostituire il termine “*grandi imprese insolventi*” con “*grandi imprese in stato di insolvenza*” (che è il termine utilizzato dal d.lgs. 279 del 1999, qui espressamente richiamato).

Il principio generale della “fallibilità” delle società partecipate, fissato dall’art. 14, esteso anche alle società *in house*, è stato confermato dalla più recente giurisprudenza della Cassazione (Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196).

La possibilità di fallire, prevista in modo sufficientemente chiaro dall’art. 14, deve essere, però, coordinata con la disciplina dell’art. 21, comma 1, che impone alle pubbliche amministrazioni locali partecipanti di accantonare nel bilancio un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione. Da ciò deriva che, nel caso di società

interamente partecipate dall'ente locale, qualora quest'ultimo non intenda dismettere la partecipazione o porre in liquidazione la società sarà obbligato a ripianare le perdite, eventualità quest'ultima che negherebbe in radice la possibilità per le società *in house* di fallire.

È, pertanto, necessario chiarire che dall'obbligo di accantonamento di cui al comma 1 dell'art 21 non deriva un obbligo di ripiano, potendo le pubbliche amministrazioni locali partecipanti decidere di non ripianare il bilancio delle società *in house*, in considerazione della sperimentata necessità di rivolgersi al mercato.

Un ulteriore riferimento che appare necessario introdurre in relazione alla possibilità del ripiano delle società partecipate da parte delle pubbliche amministrazioni locali partecipanti attiene al limite che le stesse incontrano allo scopo di evitare che l'intervento finanziario in questione si risolva in un indebito aiuto di Stato. Il riferimento, com'è noto, è all'art. 106 TFUE, alla sentenza Altmark del 24 luglio 2003, ed alla legislazione comunitaria derivata. Si propone, al tal fine, l'inserimento di un comma 4 nell'art. 21, che potrebbe avere il seguente tenore: *“Le pubbliche amministrazioni locali partecipanti possono procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipate con le somme accantonate ai sensi del comma 1, nei limiti della loro quota di partecipazione e nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato”*.

Sempre in relazione all'art. 21, si osserva che tale norma, rendendo il socio locale partecipe dei risultati negativi della gestione delle società inserite nel conto economico consolidato dello Stato, determina il definitivo superamento dell'autonomia patrimoniale perfetta che caratterizza i rapporti fra il socio e la società. La spesa iniziale per l'assunzione delle partecipazioni sociali potrebbe non essere rappresentativa degli oneri finanziari che conseguono all'acquisto. L'impossibilità di valutare preventivamente gli oneri a carico della finanza pubblica e di procedere alla relativa registrazione di spesa determinerebbe un cronico conflitto con le regole di contabilità pubblica e sarebbe logico pensare che l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni nelle predette società sia sempre

precluso. Tuttavia, la fattispecie presenta delle significative difficoltà applicative perché non è possibile determinare preventivamente se una società ricada o meno nel citato elenco, giacché il relativo accertamento, concentrandosi sui ricavi conseguiti dalla società, si svolge necessariamente *ex post*.

Peraltro, i rapporti che si instaurano fra il socio locale e le società inserite nel conto economico consolidato appaiono comunque assai problematici: da un lato, il socio pubblico non potrà disporre alcuna ricapitalizzazione o altre operazioni finanziarie volte alla copertura delle perdite, se non nel rispetto degli stringenti limiti previsti dall'art. 14, comma 5, del T.U.; dall'altro è obbligato comunque a disporre degli accantonamenti secondo i limiti e l'ammontare specificati nel successivo art. 21. La disciplina sull'obbligo di accantonamento è sostanzialmente sterile, in quanto il relativo importo solo eccezionalmente potrà essere utilizzato per far fronte alla copertura delle perdite di esercizio. Infatti, sebbene lo stesso comma 21, preveda fra le cause che consentono di recupero dell'importo accantonato il «*caso in cui l'ente partecipante ripiani la perdita di esercizio*», sulla fattispecie continuano a persistere i divieti previsti dal quinto comma dell'art. 14 del T.U.

Il rilievo al combinato disposto dei due articoli 14 e 21 induce, pertanto, questo Consiglio di Stato a suggerire al Governo di riconsiderare e di chiarire tali profili della disciplina, non interessati dallo schema di correttivo.

Articolo 15

L'art. 9 dello schema di decreto correttivo modifica l'art. 15 del d.lgs. n. 175, prevedendo che la struttura competente per il controllo e monitoraggio sull'attuazione del d.lgs. n. 175, sia individuata con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze.

La Commissione speciale rileva quanto segue.

In primo luogo, si ribadiscono le criticità già formulate con il parere n. 968 relativamente all'esigenza che la struttura individuata deve essere dotata di poteri di intervento più incisivi, rispetto a quelli previsti, per assicurare la corretta attuazione

delle prescrizioni contenute nel testo unico.

In secondo luogo, sarebbe opportuno prevedere forme di coordinamento con il sistema delle autonomie regionali nel caso in cui si tratti di effettuare un controllo su società a partecipazione regionale che svolgono attività strumentali a favore delle Regioni stesse che le hanno costituite o partecipate.

Articolo 16

Anche la norma sulle società *in house* non viene interessata dallo schema di correttivo, pur essendo stata considerata dalla dottrina e dalla prassi di questi primi mesi come una di quelle che davano adito alle maggiori perplessità e incertezze applicative.

In primo luogo, l'articolo in questione necessita di un intervento di coordinamento con la disciplina dell'*in house* contenuta nell'art. 5 del d.lgs. 50/2016. Ciò impedisce di ottenere quell'unificazione della disciplina in materia di società partecipate che rappresenta uno degli scopi della delega. Così, se l'introduzione del citato art. 5 si spiega con la necessità di attuare la delega in materia di contratti pubblici, proprio attraverso il correttivo oggi in esame si potrebbe pervenire ad una riunificazione della disciplina in tema di enti *in house* che, per ragioni contingenti, è stata sino ad ora collocata sia all'interno del d.lgs. 175/2016 che del d.lgs. 50/2016.

La soluzione di una simile esigenza risulta ancor più pressante in ragione del fatto che nel testo in unico in materia di società partecipate non si fa riferimento, anche per non incorrere in un eccesso di delega, all'ipotesi di enti *in house* non aventi forma societaria di cui si occupa, invece, il d.lgs. 50/2016.

Allo stesso tempo, deve segnalarsi una non lieve differenza tra la disciplina contenuta nell'art. 16, d.lgs. 175/2016 e quella contenuta nell'art. 5 del d.lgs. 50/2016. Infatti, la prima, nel disciplinare il requisito del controllo analogo, non si limita a prevedere che oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica

controllata debba essere effettuato nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi, ma prevede ulteriormente che *“la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società”*. Quest'ulteriore limitazione alla qualificazione di un soggetto come *in house* non sembra trovare fondamento nel diritto dell'Unione Europea e potrebbe, quindi, non soddisfare l'esigenza di armonizzazione della suddetta disciplina, perseguita dalla disciplina comunitaria. Pertanto, sarebbe auspicabile, come già rilevato nel parere n. 968, da parte del correttivo l'espunzione della citata previsione.

A tal fine, si propone di recepire la definizione di ente *in house* contenuta nel codice dei contratti, non potendosi proporre una eliminazione di quest'ultima in ragione del fatto che, sebbene il decreto in esame sia la sede naturale della disciplina delle società partecipate, quindi anche di quelle *in house*, il fenomeno in questione può assumere anche caratteristiche diverse rispetto alla struttura societaria, quindi, è indispensabile mantenerne una definizione anche all'interno del codice dei contratti pubblici.

Pertanto, si propone di eliminare dal comma 3 dell'art. 16 il seguente periodo: *“e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società”*.

La finalità perseguita dalla norma così eliminata potrebbe essere recuperata attraverso l'inserimento di un comma 3-bis, del seguente tenore: *“È possibile rivolgere a finalità diverse la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3 a condizione che ciò consenta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società”*.

Un secondo ordine di problematiche attiene al caso delle società *in house* ‘di tipo misto’, ossia con la partecipazione di capitali privati nei limiti indicati dal comma 1 dell’articolo in esame: tale fattispecie si configura come una relazione *in house* con una società mista, che deve armonizzarsi con la disciplina di cui al successivo art. 17 del t.u., per quanto compatibile. E, soprattutto, deve farlo in modo esplicito, che non dia adito a dubbi applicativi.

Ad avviso di questo Consiglio di Stato, come primo chiarimento sarebbe opportuno specificare che, anche in questo caso, la scelta del socio privato debba avvenire mediante gara. In secondo luogo, andrebbe poi precisato che, a differenza che nelle società miste ‘non *in house*’ di cui all’art. 17, il socio privato può avere solo la qualità di socio finanziatore e non di socio operativo, in considerazione del diverso apporto partecipativo del socio nelle due fattispecie.

Pertanto, si potrebbe inserire all’art. 16 un comma 1-*bis*, che potrebbe avere il seguente tenore: “*La scelta del socio privato finanziatore di cui al comma 1 avviene con procedura di evidenza pubblica a norma dell’articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha ad oggetto la sottoscrizione o l’acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato*”.

Una terza esigenza di chiarificazione si avverte in relazione alla possibilità di gestione diretta tramite modello *in house* congiunto da parte di enti partecipanti in misura minima.

In questo caso, occorre ribadire che la relazione *in house* presuppone sempre una relazione di controllo quantomeno congiunto (Corte Giust., 11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punti da 60 a 62; Id., 8/12/2016 n. C-553/15, punti 33 e 34). Pertanto, soddisfatta questa condizione, le pubbliche amministrazioni locali partecipanti possono mantenere la partecipazione e far gestire direttamente i servizi dalle *in house* cui partecipano in minima parte.

Il comma 5 disciplina la dismissione delle attività che superano il limite quantitativo di fatturato di cui al comma 3. Si suggerisce al riguardo di eliminare le

parole “*di fornitura*”, che sembrano limitare in modo ingiustificato gli obblighi di riduzione ricadenti in capo alle PP.AA.

Si segnala, infine, che anche con il correttivo non vengono superati i problemi di compatibilità fra l’*in house providing* e il modello azionario. Andrebbe, pertanto, considerata l’esigenza di chiarire le seguenti questioni:

- le modifiche statutarie che consentirebbero l’attribuzione di poteri gestionali al socio hanno carattere meramente facoltativo. Secondo il codice civile, nel modello azionario i poteri gestionali spettano unicamente agli amministratori. Pertanto, in assenza delle modifiche statutarie adottate in deroga all’art. 2380-bis non sarebbe possibile disporre affidamenti *in house* in favore di società per azioni, perché non potrebbe concretizzarsi il requisito del controllo analogo;
- le modifiche statutarie consentite, quand’anche vengano adottate, non incidono sul regime di responsabilità degli amministratori, perché la disciplina non deroga espressamente al disposto dell’art. 2364 c.c., n. 5 che mantiene la responsabilità degli amministratori per gli atti eventualmente rimessi alla competenza dell’assemblea. Conseguentemente, gli amministratori sarebbero comunque responsabili per atti imposti dal socio;
- non è prevista la possibilità di derogare all’art. 2355-bis c.c. il quale prevede che ogni vincolo alla trasferibilità delle azioni non possa eccedere il limite quinquennale. Il superamento del limite quinquennale è consentito solo per i patti parasociali, con chiare differenze rispetto al regime di opponibilità ai terzi.

Articolo 17

Come è noto, il d. lgs. n. 163 del 2006, dopo avere stabilito l’obbligo di ricorrere alla gara per la scelta del socio privato (articolo 1, comma 2), sottoponeva alle regole del codice i contratti relativi a “*lavori, servizi, forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere,*

ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali" (articolo 32, comma 1, lett. c).

Oggi, l'articolo 17 del t.u. n. 175 ribadisce la necessità di scegliere il socio attraverso procedure di evidenza pubblica e nel rispetto di diversi principi, anche di elaborazione giurisprudenziale, risalenti al noto parere di questo Consiglio (Cons. St., II, 18 aprile 2007 n. 456).

Non risulta molto chiara, invece, la risposta per ciò che attiene all'acquisto di beni che si rendono necessari per "la vita" della società. Ed invero, l'alinea del comma 6 sembrerebbe essere costruita per disciplinare, al ricorrere di tutte le condizioni ivi previste, l'esclusione dal codice degli appalti solo con riferimento alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per le quali tali società sono state specificamente costituite. Non è chiaro se debba – come prevedeva il previgente codice degli appalti – ricorrersi alla gara, ad esempio, per gli acquisti collegati all'opera da realizzare o al servizio da gestire ma comunque necessari per la vita della società. Una lettura compatibile con i principi del trattato dovrebbe portare a ridurre, per quanto possibile, l'area di esenzione dal rispetto del codice e propendere per la soluzione affermativa. Sotto tale aspetto si auspica un intervento chiarificatore da parte del Governo.

Articolo 19

La norma in esame detta regole relative alla fase di gestione del personale delle società a controllo pubblico, prevedendo che esse, pur essendo soggetti privati non sottoposti al regime di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, devono rispettare, nella fase di reclutamento del personale, i principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità di cui all'art. 35, comma 3, dello suddetto decreto.

Sarebbe, però, necessario, come già sottolineato con il parere n. 968, che analoga regola venga sancita anche per le società *in house*. È sì vero che, se essa opera per

le società a controllo pubblico, si dovrebbe ritenere, in via interpretativa, che a maggior ragione dovrebbe operare in presenza di una società *in house* caratterizzata da una più accentuata connotazione pubblicistica. Nondimeno, essendo in corso una modifica del testo, questa Commissione ritiene opportuno, per esigenze di certezza delle regole di azione, integrare il testo in modo da rendere espressa l'estensione dell'ambito applicativo della disposizione in esame.

Andrebbe, inoltre, chiarito che, in caso di impossibilità da parte delle pubbliche amministrazioni controllanti di completare il riassorbimento delle unità di personale dipendenti transitate alle dipendenze della società ora interessata dal processo di reinternalizzazione, occorre comunque attivare le ulteriori procedure di garanzia previste per il personale in esubero del settore privato.

Articoli 20 e 24

L'art. 20 e l'art. 24 del d.lgs. 175/2016 contengono entrambi disposizioni che riguardano la razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche, con la differenza che la prima delle norme citate detta una disciplina a regime della revisione, mentre la seconda impone un meccanismo di razionalizzazione straordinaria delle partecipazioni, che secondo le modifiche contenute nello schema in esame deve essere realizzato entro il 30 giugno 2017.

Si tratta di disposizioni che, se pure tendono al medesimo fine, fondano su presupposti parzialmente diversi, risultando l'ambito di applicazione dell'art. 20 più esteso di quello di cui all'art. 24. Inoltre, quest'ultima disposizione e non la prima prevede la possibilità di alienazione diretta delle partecipazioni. Si introduce, in definitiva, un doppio binario che non appare giustificato in ragione della mera circostanza che l'intervento di revisione straordinaria di cui all'art. 24 deve essere attuato entro il termine inderogabile del 30 giugno 2017.

Potrebbe, pertanto, risultare opportuno procedere alla fusione dei due articoli, stabilendo che la prima revisione debba avvenire entro il detto termine del 30 giugno 2017, salve le successive revisioni a regime.

Andrebbe inoltre previsto l'obbligo in capo alle pubbliche amministrazioni di inviare il provvedimento avente ad oggetto l'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni all'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato anche al fine di consentire a quest'ultima l'esercizio del potere di cui all'art. 21-*bis*, della L. n. 287/1990 (cfr. già, sul punto, il parere n. 968 del 2016).

Infine, andrebbe chiarito che il meccanismo di revisione opera anche per le società *in house* miste, ossia quelle nelle quali vi sia una partecipazione di capitale privato. La revisione, sia quella di cui all'art.20, che quella straordinaria di cui all'art. 24, nel caso in cui si scelga di non accorpare le due discipline, dovrà avvenire alle condizioni ivi stabilite ed a quelle derivanti dal rinvio contenute nell'art. 20 all'art. 4 del decreto.

È il caso di ribadire, in questa sede, la grande rilevanza di queste disposizioni per l'effettivo successo dell'intera riforma. In proposito, andrebbe ulteriormente rafforzata, con particolare riferimento all'operazione in questione, la funzione di controllo e monitoraggio di cui si già chiesto un rafforzamento in generale *sub* art. 15 del t.u..

Articolo 26

Il comma 2 prevede che *«l'articolo 4 del presente decreto non è applicabile alle società elencate nell'allegato A, nonché alle società aventi come oggetto sociale esclusivo la gestione di fondi europei per conto dello Stato o delle regioni»*.

Il Consiglio di Stato, con il parere n. 968, aveva rilevato che:

i) non sono chiare le ragioni della deroga, per le società elencate nell'Allegato A, che dovrebbero risultare dal testo mediante una valorizzazione della natura delle società e soprattutto dell'attività che esse svolgono;

ii) sarebbe opportuno un maggiore livello di specificità in relazione alla individuazione delle società che gestiscono fondi europei, per evitare che, attraverso questo espediente, possano continuare ad esistere società non più rispondenti al nuovo modello prefigurato dalla riforma;

iii) deve essere chiarito che per le società in questione non trovi applicazione esclusivamente il “vincolo di attività” e non anche il “vincolo di scopo”.

Quest’ultimo rilievo è particolarmente importante, in quanto occorre almeno evitare che queste società possano beneficiare di un regime addirittura più favorevole di quello vigente prima dell’adozione del decreto n. 175.

Andrebbe, inoltre, chiarito quale è la disciplina applicabile a tali società. La formulazione letterale della norma sembra deporre nel senso che, ad esclusione dell’art. 4, trovino applicazione tutte le altre norme del testo. Ma se così è deve rilevarsi come talune norme presuppongono la sussistenza del vincolo di scopo, ponendo un problema di compatibilità ai fini di una loro diretta applicazione

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere favorevole con osservazioni della Commissione speciale.

GLI ESTENSORI

Vincenzo Neri, Vincenzo Lopilato, Luigi Massimiliano Tarantino

IL PRESIDENTE

Luigi Carbone

IL SEGRETARIO

Maria Luisa Salvini