



Regione Siciliana  
Assessorato Regionale dell'Economia

*L'Assessore*

Prot. 5444/6AB

Circolare

del 29 AGO. 2012

*Questioni applicative nell'ordinamento regionale dell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n.95  
convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135*

1. Nel contesto - invero complesso ed articolato - di applicazione del percorso attuativo del Piano di riordino delle partecipazioni regionali, delineato dall'art.20 della L.r n.11 del 2010 e dai Decreti Assessoriali n. 1720 del 28 settembre 2011, n. 2333 del 23 novembre 2011 e n. 28 del 20 luglio 2012 occorre valutare gli effetti dell'entrata in vigore dell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n.95 convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135.

La portata di tale ultima disposizione, assai gravida di conseguenze sul piano applicativo per le partecipazioni regionali e degli enti locali siciliani, va esaminata con attenzione al fine di valutarne l'impatto sul richiamato Piano di riordino delle partecipazioni regionali che - com'è noto - è stato approvato con i citati decreti sulla base del parere vincolante reso dalla II Commissione Legislativa "*Bilancio e Programmazione*" dell'Assemblea regionale siciliana nella seduta n. 245 del 21 giugno 2011.

In merito alle molteplici questioni applicative in questione si è richiesto un urgente parere all'Ufficio legislativo e legale della Presidenza della Regione che si è tempestivamente espresso in merito (con il parere prot. n. 20073 del 12 luglio 2012/122.2012.11) propendendo per la piena applicabilità della disciplina in argomento. Le conclusioni formulate dall'apporto consultivo espresso appaiono pienamente condivisibili, anche di fronte alle pur opportune esigenze di ulteriore approfondimento in esso prospettate.

In conclusione, infatti, il parere si esprime "*per l'immediata applicabilità della norma fanno propendere oltre all'elemento testuale, la mancanza di una qualunque espressa clausola di salvaguardia, e la considerazione che l'articolata disciplina ivi recata per le società pubbliche interviene in materie, diritto civile e tutela della concorrenza, rientranti nella competenza legislativa statale*"

2. Va ricordato che nel solco interpretativo prescelto dal parere dell'Ufficio legislativo e legale, milita, altresì, quanto statuito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 326 del 2008 (pronunciata su ricorso proposto dalla Regione siciliana) sulla legittimità costituzionale dell'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante "*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*", convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

In particolare, l'articolo impugnato (che reca la rubrica "*Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*") impone alcuni limiti alle società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni

pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza. Si stabilisce, specificamente, che esse operino esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non svolgano prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, non partecipino ad altre società o enti e abbiano oggetto sociale esclusivo. L'articolo contiene anche una disciplina transitoria, che definisce i termini e le modalità della cessazione delle attività non consentite, e commina la nullità ai contratti conclusi in violazione delle nuove norme.

In altre parole si tratta di norme le quali, analogamente a quelle in esame e come correttamente evidenziato dall'Ufficio legislativo e legale della Presidenza della Regione, hanno il dichiarato scopo di tutelare la concorrenza.

Nella sentenza richiamata, rigettando le tesi propugnate dalla difesa della Regione siciliana, la Corte ha inteso delimitare puntualmente la «*tutela della concorrenza*» precisando che: "*la titolarità della relativa potestà legislativa consente allo Stato di adottare misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e misure di liberalizzazione dei mercati stessi; queste misure possono anche essere volte a evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati; l'intervento statale può consistere nell'emanazione di una disciplina analitica, la quale può influire su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni; spetta alla Corte effettuare un rigoroso scrutinio delle relative norme statali volto ad accertare se l'intervento normativo sia coerente con i principi della concorrenza, e se esso sia proporzionato rispetto a questo fine (sentenze n. 11.63 e 51 del 2008 e nn. 421, 401) 303 e 38 del 2007). L'obiettivo delle disposizioni impugnate è quello di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali*".

Dunque, la disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma statale è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza. Essa rientra, quindi, nella materia - definita prevalentemente in base al fine - della «*tutela della concorrenza*».

Il Giudice delle leggi afferma in tal modo in termini riassuntivi che: "*le disposizioni impugnate sono riconducibili alla competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile, in quanto volte a definire i confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa, soggetta alle regole del mercato, e alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza, in quanto volte a eliminare distorsioni della concorrenza stessa*".

Va altresì ricordato che ad analoghe conclusioni è giunto poi lo stesso all'Ufficio legislativo e legale della Presidenza della Regione (con il parere Prot. 14657/212.12006.11 emesso sempre su richiesta di questo Assessorato) che, pronunciandosi sulla fattispecie sottoposta al giudizio costituzionale, l'ha ritenuta pienamente riconducibile alla competenza legislativa esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, della Costituzione

2.1. Il citato d.l. 6 luglio 2012, n.95 convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, recante "*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*", si presenta come un complesso di disposizioni espressamente finalizzato alla razionalizzazione della spesa pubblica attraverso la riduzione delle spese per acquisti di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione.

Il provvedimento normativo segue anche cronologicamente il primo intervento contenuto nel precedente d.l. n. 52 del maggio di quest'anno recante "*Disposizioni urgenti*"

per la razionalizzazione della spesa pubblica", convertito con modifiche in legge n.96/2012, che ha introdotto modifiche alla normativa in materia di contrattualistica pubblica, apportando integrazioni al Codice dei contratti pubblici ed al Regolamento di esecuzione ed attuazione (in gran parte direttamente applicabile nell'ordinamento regionale).

Il Parlamento italiano ha ritenuto di operare la revisione della spesa pubblica attraverso procedure che valutano la spesa non solo dal punto di vista dell'efficienza (*performance review*), ma anche in termini di efficacia dei programmi e di eventuale riallocazione delle risorse tra voci di spesa diverse.

Con particolare riguardo alle procedure di *spending review* elaborate anche in altri ordinamenti, è noto che generalmente rientrano in questo ambito quelle procedure che analizzano le tendenze della spesa, i meccanismi che la regolano e l'attualità o l'efficacia degli interventi che la compongono.

Scorrendo i Titoli che compongono la legge all'esito della conversione in legge del D.l. 95, si possono pertanto distinguere i diversi ambiti di intervento selezionati dall'Esecutivo, oggetto di precise misure: si prende avvio da disposizioni di carattere generale - che contengono le previsioni dell'articolo 4 direttamente rivolte al vasto e molteplice mondo delle società partecipate pubbliche e si prosegue con misure atte alla riduzione della spesa delle amministrazioni statali, degli enti non territoriali e territoriali, alla razionalizzazione e riduzione della spesa sanitaria, alla finalizzazione dei risparmi di spesa ed altre disposizioni di carattere finanziario, all'efficientamento, valorizzazione e dismissione del patrimonio pubblico, oltre a misure di razionalizzazione dell'amministrazione economico-finanziaria, di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario.

È evidente come, pur in ambiti assai diversi e con misure non sempre coerenti ed armonizzate con quelle previgenti, si è deciso di procedere non con tagli lineari ma con interventi di tipo strutturale, rivolti a migliorare la produttività delle diverse articolazioni della pubblica amministrazione, assegnando un capitolo importante alle società pubbliche.

2.2 L'interesse ad un profondo riassetto delle società pubbliche si è manifestato con l'introduzione di una drastica disciplina delle partecipazioni societarie dei soggetti pubblici.

Quest'intervento tuttavia, nonostante gli "aggiustamenti" necessari - ed in parte risolutivi di talune criticità - operati al D.l. 95/2012 in sede di conversione in legge, non si sottrae al connotato di frammentarietà che ha caratterizzato gli altri interventi che nell'ambito della stessa materia l'hanno preceduto.

Anche s'è va segnalato che, con una norma di chiusura che dovrebbe porre fine a questioni interpretative sul regime speciale o ordinario delle società di cui alla fattispecie, si prevede espressamente che le disposizioni della normativa in esame "e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali".

L'art. 4 intitolato *Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*, presenta molteplici problemi di natura interpretativa già dalla stesura inserita nel d.l. 95/2012 che possono dirsi solo in parte superati dalle molteplici modifiche ed integrazioni sancite dal Parlamento in sede di conversione in legge. Questioni che si sommano a quelle emergenti da un contesto normativo statale e regionale siciliano non privo di elementi di contraddittorietà pur nell'univoco orientamento verso la tendenziale

assimilazione delle società pubbliche alle pubbliche amministrazioni che la legge sulla *spending review* vieppiù conferma.

Dalla tecnica redazionale adottata, stante la natura per così dire emergenziale dell'intervento, emerge con nitore che il legislatore abbia in realtà inteso "aggiungere" nuove prescrizioni alle previsioni sulle società pubbliche già esistenti - e vedremo in particolare per quelle fondamentalmente regolate nel c.d. decreto Bersani - enfatizzandone come tipicamente avvenuto nel recente passato, l'aspetto precettivo e sanzionatorio, imponendo non solo procedure ed obblighi di dismissioni in termini perentori, ma anche stabilendo decadenze e nullità, integrando parzialmente alcune delle previsioni vigenti, novellandone integralmente altre.

È per questa ragione che le norme contenute all'art. 4 impongono un'analisi esegetica e di inquadramento nel sistema, per comprendere se esse hanno disposto o meno un identico trattamento per tutte le società pubbliche (come pure sembra indicare il titolo della norma), atteso che le società controllate dalle Amministrazioni pubbliche rispondono a modelli tra loro differenti, e se gli obblighi di scioglimento o alienazione delle partecipazioni, le limitazioni operative per le predette società nonché le modifiche imposte agli organi societari siano o meno coerenti rispetto alla finalità che le norme di *spending review* si prefiggono.

Prima di passare in rapida rassegna i contenuti dell'articolo 4 in commento, va comunque sottolineata la scelta di recepire le proposte di modifiche ed integrazioni che la dottrina più attenta aveva immediatamente indicato nella vigenza del decreto legge, al fine di rendere intellegibili e quindi applicabili le scelte di regolamentazione delle società pubbliche, riconsiderando alcuni aspetti assai problematici previsti nella nuova disciplina, anche attraverso la previsione di specifiche eccezioni alla volontà di metterle in liquidazione e privatizzarle rispetto alla altrettanto fondamentale necessità di contenerne le spese.

2.3 In sintesi, ed al fine di meglio chiarirne l'applicazione all'amministrazione regionale ed alle società dalla stessa partecipate, si passano in rassegna le principali misure previste nella versione dell'articolo 4 come modificata in sede di conversione in legge, che oltre agli aspetti più tipicamente societari relativi a scioglimento/dismissione di società esistenti, contiene una serie di limiti ulteriori, afferenti all'organizzazione e all'attività delle stesse società:

- è fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di detenere partecipazioni in società controllate, direttamente o indirettamente, che abbiano conseguito per l'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90%.

Le pubbliche amministrazioni dovranno pertanto procedere allo scioglimento delle società a partecipazione totalitaria entro il 31 dicembre 2013, ovvero, in alternativa, alienare con procedure di evidenza pubblica la totalità delle partecipazioni detenute entro il 30 giugno 2013, assegnando contestualmente alla società privatizzata il servizio per un periodo di cinque anni non rinnovabili, a decorrere dal 1 gennaio 2014.

In caso di mancato scioglimento/mancata alienazione, e salve le eccezioni contenute nel comma 3 del medesimo articolo 4, le predette società non potranno ricevere affidamenti diretti di servizi né fruire del rinnovo.

Se l'ente socio non provvede allo scioglimento/alienazione dal 1 gennaio 2014 può acquisire i servizi strumentali solo con gara o con convenzioni Consip;

- a decorrere dal 1° gennaio 2013 le pubbliche amministrazioni possono acquisire a titolo oneroso servizi di qualsiasi tipo, anche mediante la stipula di convenzioni, da enti di diritto privato di cui agli artt. da 13 a 42 del c.c., esclusivamente in base a procedure di gara, previste dalla normativa nazionale in conformità con la disciplina comunitaria (art. 4 comma 6 e 6 bis). In tal caso gli enti privati non possono ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche.

Conseguentemente rientrano nel novero soggettivo indicato dal legislatore statale: le società, le fondazioni, le associazioni ed i comitati.

Restano escluse da tale disposizione le fondazioni istituite con la finalità di promuovere lo sviluppo tecnologico e l'alta formazione tecnologica, gli enti e le associazioni operanti nel campo dei servizi socio-assistenziali e dei beni e attività culturali, dell'istruzione e della formazione, le associazioni di promozione sociale di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 383, gli enti di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, le organizzazioni non governative di cui alla legge 26 febbraio 1987, n.49, le cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, le associazioni sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, le associazioni rappresentative, di coordinamento e supporto degli enti territoriali e locali, il FORMEZ;

- dalla data di entrata in vigore del decreto e fino al 31 dicembre 2015 i limiti per le assunzioni previsti per le società controllanti si applicano anche alle società controllate inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, con rilevanti responsabilità consequenziali per gli amministratori (si prevede, infatti, che le *"amministrazioni vigilanti verificano sul rispetto dei vincoli di cui ai commi precedenti; in caso di violazione dei suddetti vincoli gli amministratori esecutivi e i dirigenti responsabili della società rispondono, a titolo di danno erariale, per le retribuzioni ed i compensi erogati in virtù dei contratti stipulati"*);

- a decorrere dall'anno 2013 le società controllate direttamente o indirettamente da una pubblica amministrazione possono avvalersi di personale a tempo determinato ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa nel limite del 50 % della spesa sostenuta per le rispettive finalità nell'anno 2009;

- dalla data di entrata in vigore del decreto è fatto divieto, a pena di nullità, di inserire clausole arbitrali in sede di stipulazione di contratti di servizio intercorrenti tra società a totale partecipazione pubblica e le amministrazioni statali;

- al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni devono acquisire sul mercato di beni e servizi mediante le procedure concorrenziali previste dal codice appalti;

- dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico nel rispetto della normativa comunitaria per la gestione *in house*, a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto di affidamento sia pari o inferiore a 200 mila euro annui.

I commi 4 e 5 dell'articolo 4 definiscono, infine, le regole sulla composizione dei consigli di amministrazione delle società con decorrenza dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in vigore del decreto.

I consigli di amministrazione delle società *controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni* dovranno essere composti da non più di tre membri. Di questi, due devono essere dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione, in

caso di società a partecipazione diretta; oppure due dipendenti della società controllante, per le società a partecipazione indiretta. Il terzo componente ha funzioni di presidente e amministratore delegato. Viene, comunque, consentita la nomina di un amministratore unico.

I medesimi organi delle altre società *a totale partecipazione pubblica, diretta e indiretta*, ferme restando specifiche previsioni di legge, devono essere composti da tre o cinque membri, tenendo conto della rilevanza e della complessità delle attività svolte:

- nel caso di consigli di amministrazione composti da tre membri, la composizione è determinata come per le società strumentali;
- nel caso di consigli di amministrazione composti da cinque membri, per le società a partecipazione diretta la composizione dovrà assicurare la presenza di almeno tre dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime; per le società a partecipazione indiretta, invece, va assicurata la presenza di almeno tre membri scelti tra dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della stessa società controllante.

In tale ultimo caso, le cariche di presidente e di amministratore delegato devono essere disgiunte e al presidente potranno essere affidate dal consiglio di amministrazione deleghe esclusivamente nelle aree relazioni esterne e istituzionali e supervisione delle attività di controllo interno.

In merito, il novellato legislativo, in commento trova ulteriore limitazione nelle ancora più stringenti disposizioni contenute nella legge regionale n. 11/2010, e negli atti amministrativi attuativi (DD.AA. n. 1720/2011 e n. 2333/2011), nella parte relativa (vedasi artt. 17 e 20 della citata L.r. 11/2010) alla determinazione del tetto ai compensi per amministratori e componenti degli organi di controllo oltre alla riduzione del numero dei componenti gli organi di amministrazione e controllo nel limite massimo di tre unità ovvero alla facoltà di delega solo ad un amministratore.

È infine stabilito che i dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, ferme le disposizioni vigenti in materia di onnicomprensività del trattamento economico, ovvero i dipendenti della società controllante, hanno l'obbligo di riversare i relativi compensi assembleari all'amministrazione ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio, e alla società di appartenenza.

3. Per procedere nella redazione del presente parere, dalla prima ricognizione dell'art. 4 è possibile distinguere all'interno dei numerosi commi che lo compongono - ben 14 - previsioni dettate per tutte le società pubbliche ed altre che invece riguardano società direttamente o indirettamente controllate da amministrazioni pubbliche.

Tra i due gruppi di norme vi è infatti una profonda e qualificante differenza: le disposizioni di cui ai primi quattro commi dell'art. 4 hanno un preciso ambito di applicazione, costituito dalle società direttamente o indirettamente controllate da amministrazioni pubbliche il cui fatturato (*recte*: l'intero fatturato, come modificato dal Parlamento in sede di conversione del decreto legge) sia costituito nell'anno 2011 per oltre il 90 % da prestazioni di servizi alla pubblica amministrazione.

In tal senso vanno prese in esame le nozioni di controllo e di pubblica amministrazione.

Quanto a controllo va considerata la nozione individuata all'art. 2359 del Codice civile che, rubricato *Società controllate e società collegate*, ai commi 1 e 2 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.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Quanto alla nozione di pubblica amministrazione rilevante, si deve avere riguardo espressamente all'art. 1, comma 2, del Testo Unico sull'impiego nelle pubbliche amministrazioni, d. lgs. n. 165/2001 e s.m.i. che elenca gli organismi che ne fanno parte a pieno titolo: "*Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane. e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.*"

La dizione di società direttamente o indirettamente controllate da amministrazioni pubbliche deve pertanto leggersi come riferibile alle società che gestiscono servizi strumentali, le c.d. società strumentali di cui all'art. 13 del c.d. decreto Bersani sopra ricordato.

In sintesi quindi, proprio il primo insieme di previsioni costituito dai commi da 1 a 4 (esclusi gli articoli da *3-bis* a *3-quinquies*) si rivolge alle società strumentali delle P.A., mentre riguardano tutte le "*altre società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta*" le disposizioni di cui al successivo comma 5, concernenti la composizione degli organi amministrativi.

Così all'interno dei primi 5 commi dell'art. 4 è possibile distinguere tra norme che hanno ad oggetto le società strumentali<sup>1</sup> e norme dettate invece per tutte le altre tipologie di società pubbliche.

In siffatto contesto, assume pertanto fondamentale rilievo definire le società strumentali ed analizzare la previsione di cui al comma 3 che contiene espresse eccezioni alla disciplina dettata nei commi 1 e 2 in tema di liquidazione e privatizzazione di società pubbliche.

---

<sup>1</sup> Per completezza di analisi, va ricordato che alle società strumentali sono poi riferite anche le ulteriori disposizioni dell'art. 4, nei commi da 6 a 14, le quali contengono però anche norme di diverso genere.

Secondo l'interpretazione derivante dalla previsione contenuta nel c.d. decreto Bersani sono società strumentali quelle che operano "per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività delle amministrazioni pubbliche, regionali e locali in funzione della loro attività nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza" (art. 13, comma 1, D.l. n. 233/2006).

Dall'utilizzo del concetto di "strumentalità" si ricava che il legislatore ha inteso ricomprendere nell'ambito applicativo dell'art. 13 cit. quelle - e solo quelle - società che hanno come diretti destinatari delle loro prestazioni gli stessi enti territoriali che le hanno costituite o partecipate.

Detta volontà è dimostrata dalla indicata "strumentalità" e dalla "funzionalità" delle prestazioni considerate rispetto all'attività propria degli enti regionali o locali interessati, così come anche dall'altra ipotesi prevista dalla norma, e cioè quella dello svolgimento di "*funzioni amministrative di ... competenza*" pubblica, non attraverso la normale organizzazione dell'ente pubblico, ma "*esternalizzate*" nelle società appositamente costituite o partecipate.

Questa interpretazione risulta ulteriormente comprovata dall'esclusione dei servizi pubblici locali dall'ambito applicativo dell'art. 13: tale esclusione rende, infatti, esplicito che le società sottoposte alle limitazioni introdotte dal decreto Bersani con l'art. 13 sono solamente quelle che forniscono beni o servizi "direttamente" alle Amministrazioni pubbliche regionali e locali e che, proprio in vista di tali specifiche prestazioni, sono da esse costituite o partecipate.

In altri termini si tratta di quelle società, interamente pubbliche ovvero miste, la cui azione si riferisce alla materia degli appalti pubblici, senza però l'applicazione della normativa europea ed interna altrimenti relativa a tali contratti.

Tale deroga avviene per il fatto che si tratta - nonostante la forma societaria rivestita - di moduli organizzativi interni (o, secondo la terminologia italiana, moduli di gestione diretta o organi indiretti) delle Amministrazioni affidanti, e come tali beneficiari di affidamenti diretti; moduli organizzativi che - per ciò stesso e conseguentemente sono caratterizzati da un limite funzionale nella loro legittimazione, che non può ricomprendere, pertanto, oltre alle prestazioni in favore dell'ente che li costituisce o vi partecipa, anche qualsivoglia effettuazione di prestazioni in favore di altri soggetti, pubblici o privati che siano.

Le società a capitale interamente pubblico sono i moduli organizzativi pubblicistici delle pubbliche amministrazioni la cui individuazione è piuttosto agevole: si tratta in estrema sintesi del modello meglio conosciuto come in house providing, cui si riferisce la giurisprudenza comunitaria e amministrativa.

Anche il comma 2 dell'art. 13, peraltro, conferma l'interpretazione avanzata che le società ricomprese nell'ambito applicativo delle norme introdotte dalla legge Bersani non sono tutte quelle costituite o partecipate dagli enti territoriali, ma solo quelle "appositamente" costituite o partecipate per svolgere direttamente (senza gara) e nei loro confronti le prestazioni "strumentali" e "funzionali" alla loro attività. Si stabilisce, infatti, che "le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1".

Chiarito l'ambito di operatività dell'art. 13, fermo restando che le Società sottoposte alle norme della legge Bersani sono quelle che forniscono beni o servizi direttamente ed esclusivamente alle Amministrazioni regionali e locali che le hanno costituite/partecipate,



occorre puntualizzare che invece il testo dell'articolo 4 si riferisce a tutte le "pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001".

Il suo ambito di applicazione è quindi potenzialmente molto più vasto, ricomprendendovi, ad esempio, le diverse società partecipate dalle regioni e l'intera gamma delle società partecipate dallo Stato.

Non solo, ma sempre il comma 1 dell'art. 4 si riferisce alle società "controllate direttamente o indirettamente" dalle pubbliche amministrazioni: vi rientrano pertanto anche le società soggette a controllo *indiretto* degli enti pubblici e di tale estensione, oltre che dal dato letterale del citato art. 1, si ha precisa conferma nella summenzionata disciplina relativa alla composizione degli organi amministrativi.

Alla luce di quanto detto, ora conviene focalizzare l'attenzione sulle eccezioni che l'articolo 4 ha espressamente previsto al comma 3, e su quelle che indirettamente si possono ricavare, in ordine all'applicabilità delle regole su liquidazione/privatizzazione e composizione degli organi amministrativi al fine di collocare correttamente le diverse partecipazioni regionali (totalitarie o maggioritarie) nel contesto di regole delineate.

4. In particolare, le società escluse di cui al comma 3<sup>2</sup> dell'art. 4.

Certamente escluse, seppur limitatamente alle regole introdotte dal comma 1 dell'art. 4, sono:

1. le società "che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica";
2. le società "che svolgono prevalentemente compiti di centrale di committenza ai sensi dell'articolo 33, decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163";
3. le "società di cui all'articolo 23-quinquies commi 7 e 8 del presente decreto (Consip s.p.a. e Sogei s.p.a.);
4. le società "finanziarie partecipate dalle Regioni";
5. le società "che gestiscono banche dati strategiche per il conseguimento di obiettivi economico finanziarie la cui individuazione è rimessa ad un futuro d.P.c.m. il quale dovrà procedervi in relazione "alle esigenze di tutela della riservatezza e della sicurezza dei dati nonché all'esigenza di assicurare l'efficacia dei controlli sulla erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo";
6. le società costituite al fine della realizzazione dell'evento di cui al d.P.C.M. 30 agosto 2007, richiamato dall'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legge 15 maggio 2012, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2012, n. 100 (Expo 2015);
7. e, in via residuale, anche le società per le quali per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato. In tal caso, predisposta un'analisi del mercato, l'amministrazione controllante trasmette una relazione contenente gli esiti della verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato che dovrà rilasciare un parere vincolante.

Sono escluse, per espressa previsione contenuta nel medesimo articolo 4, anche le società quotate e le loro controllate; le società per azioni a totale partecipazione pubblica autorizzate a prestare il servizio di gestione collettiva del risparmio (art. 4, comma 13).

Parimenti, interpretando le norme a contrario, devono ritenersi escluse anche:

- le società che *non hanno svolto servizi strumentali* fatturati alla PA;

---

2 Il comma 3 è stato interamente sostituito in sede di conversione del decreto legge.

- le società che hanno svolto servizi strumentali in favore della PA ma in misura inferiore al 90% dell'intero fatturato.

Va poi ricordato che, a norma del comma 3 sexies, della disciplina in esame, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge 95/2012, le pubbliche amministrazioni possono predisporre appositi piani di ristrutturazione e razionalizzazione delle società controllate. Gli stessi sono approvati previo parere favorevole del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa e prevedono l'individuazione delle attività connesse esclusivamente all'esercizio di funzioni amministrative di cui all'articolo 118 della Costituzione che possono essere riorganizzate e accorpate attraverso società che rispondono ai requisiti della legislazione comunitaria in materia di in house providing. In questo caso i termini previsti al comma 1 sono prorogati - con DPCM, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, adottato su proposta del succitato Commissario straordinario - per il tempo strettamente necessario all'attuazione del piano di ristrutturazione e razionalizzazione. E tale possibilità va adeguatamente considerata al termine della prima fase delle iniziative conseguenziali di cui al successivo punto 4 della presente circolare.

In particolare, al fine di individuare puntualmente quali tra le società a totalmente prevalente partecipazione regionale rientrano nell'ambito soggettivo di applicazione della normativa in esame, va analizzata l'eccezione elencata al numero 1, in cui la dizione "*società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica*" ha sostituito l'originario riferimento alle "*società che erogano servizi in favore dei cittadini*" che notevoli problemi interpretativi aveva posto nell'immediata vigenza del Dl 95. Con la modifica intervenuta in virtù di un emendamento al Senato, si è più correttamente indicata, a fini di esclusione dall'ambito applicativo, la categoria "*servizi di interesse generale*".

Giova in merito ricordare che l'espressione "servizi di interesse generale" mutuata dall'ordinamento comunitario, non è presente nel Trattato UE, ma è derivata nella prassi comunitaria dall'espressione "servizi di interesse economico generale" che invece è utilizzata nel Trattato.

Si tratta di un'espressione più ampia di "servizi di interesse economico generale" e riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico<sup>3</sup>.

Benché utilizzata in diversi punti del Trattato UE<sup>4</sup>, tuttavia anche l'espressione "servizi di interesse economico generale" non è definita né nel testo normativo stesso né nella normativa derivata, ma nella prassi comunitaria si registra un pacifico accordo sul fatto che l'espressione si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o l'Unione assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico.

Alla stregua del quadro normativo comunitario vigente si possono così distinguere:

A) servizi di interesse generale - SIG che individuano attività soggette ad obblighi specifici di servizio pubblico proprio perché considerate di interesse generale dalla autorità pubbliche. Sotto questa voce si ritrovano sia attività di servizio non economico (sistemi scolastici obbligatori, protezione sociale ma anche le funzioni inerenti alla potestà pubblica come la sicurezza, giustizia, la difesa ed altro) ma si ritrovano anche attività di servizio cosiddette di interesse economico generale;

3 Libro verde sui servizi di interesse generale /\* COM/2003/0270 def.

4 Negli articoli 16 e 86, paragrafo 2, del Trattato istitutivo.

B) servizi di interesse economico generale - SIEG, specie del genus servizi di interesse generale, riguardanti in particolare alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete, quali ad esempio i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione. Si tratta di servizi resi nell'ambito di un mercato concorrenziale dove si trovano ad operare soggetti privati ma anche soggetti pubblici. Per la loro caratteristica si pongono in una sorta di "zona franca intermedia" tra attività economiche, da gestire secondo i canoni dell'efficienza e nell'ambito di un contesto competitivo, ed attività non economiche, da gestire in funzione dell'interesse generale ed in vista di obiettivi di coesione sociale o territoriale, di equità redistributiva, ecc.

Nella nuova formulazione del comma 3 sono anche ricompresi tutti i "servizi pubblici locali", che sono quindi fatti salvi dall'applicazione della nuova disciplina.

4. Alla stregua del quadro di riferimento normativo sin qui delineato occorre, pertanto, al fine di rispettare la rigida tempistica indicata dal legislatore ed adottare le conseguenti determinazioni, che si provveda ad effettuare - in questa prima fase - una puntuale ricognizione delle società regionali che rientrano nell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina richiamata.

Ciascuna delle società destinatarie della presente circolare, entro e non oltre 15 giorni dal ricevimento, dovrà precisare, con atto adottato dal proprio organo amministrativo, se avuto riguardo all'oggetto sociale, alle attività effettivamente svolte, alle prestazioni connesse ai contratti in essere, rientra o meno nella fattispecie delineata dal legislatore.

A completamento di questo primo stadio, il gruppo di lavoro coordinato dal Ragioniere generale, ed appositamente costituito presso l'Assessorato, effettuata la disamina della fattispecie e le valutazioni della singola società, comunicherà entro i successivi 20 giorni le determinazioni conclusive redigendo una relazione sulle refluenze dell'applicazione della normativa alle società regionali che sarà sottoposta alle valutazioni della Giunta regionale.

E ciò, in particolare, al fine della tempestiva adozione delle conseguenziali decisioni amministrative e, nel caso in cui sussistano peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto di riferimento che non rendano possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato, di predisporre una relazione recante l'analisi del mercato da trasmettere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione del parere vincolante previsto dalla legge.

