

Formazione permanente 2023. Giornata formativa “Personale e management”

Le società partecipate
Marco CATALANO

Campobasso, 27.11.2023

- I tipi di società previsti dal codice civile

- Il fenomeno della creazione delle società partecipate, brevi cenni storici

- In principio, in un ordinamento assolutista e centralizzato come quello vigente fino al 25 luglio del 1943, e anche poco dopo l'avvento della Costituzione, solo lo Stato aveva avuto la possibilità di partecipazione in società private, o di costituire a sua volta enti sottoposti alla disciplina privatistica.

- Il motivo è noto ed è sia economico che politico.

- Dal punto di vista economico , infatti, la grave crisi mondiale del 1929 ha reso necessario l'intervento statale o per consentire a settori industriali di sopravvivere alla crisi allo scopo di essere traghettati indenni fino ad un nuovo assetto stabile oppure per consentire allo Stato la partecipazione in settori dell'economia che avevano scarso appeal agli occhi degli investitori privati perché privi della necessaria redditività indispensabile al ritorno economico dell'investimento.
- Fu così che nel 1933 nacque l'IRI (Istituto per la ricostruzione industriale), che, nonostante l'avvento del nuovo ordinamento repubblicano, ha continuato la sua attività anche nel secondo dopoguerra.

- Oltre a motivi economici, come detto, vi sono stati motivi politici. In un ordinamento giuridico centralizzato e corporativista – con l'imperativo del “ nulla al di fuori dello Stato tutto dentro lo Stato ”- non era concepibile la possibilità che amministrazioni locali potessero costituire società di diritto privato per lo svolgimento di servizi pubblici. L'unica forma giuridica era quella della Municipalizzata.

- Con la sempre maggior spinta verso una autonomia territoriale, vista come miglior risposta alle esigenze delle popolazioni localmente collocate, sul finire degli anni '90 del secolo scorso vi è stata una prima apertura ed una liberalizzazione, coeva con la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE che ha contribuito a dare una nuova nozione e definizione di pubblica amministrazione.

- Con il cd. “federalismo a costituzione invariata” (ovvero con la concessione di numerose forme di autonomia agli enti esponenziali delle comunità locali prima della riforma del titolo V della costituzione), si è consentito agli enti locali sia la costituzione sia la partecipazione in società regolate dal diritto privato.

- pertanto, si è avuta una “esplosione” del fenomeno della partecipazione (totalitaria a parziaria) dell’ente locale all’interno del fenomeno societario, con la moltiplicazione di strutture societarie, molte delle quali nate con il più o meno dichiarato fine di aggirare i vincoli assunzionali imposti dall’ordinamento interno a sua volta imposti a livello comunitario.

- La formulazione dell'art. 113 del TUEL (abrogato dal dlgs nr. 201 del 2022) , invero, espressamente prevedeva la possibilità di costituzione di società di diritto privato per l'effettuazione e svolgimento di servizi pubblici locali.
- A sua volta l'organismo di diritto pubblico veniva così definito:
 - 1. entità in possesso della personalità giuridica di diritto pubblico, intesa come capacità di essere centro d'imputazione d'attività amministrativa;
 - 2. avente come fine statutario quello di soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale;
 - 3. sottoposto ad una influenza pubblica

I limiti imposti dal legislatore

- prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, che rinvia la sua fonte normativa nell'art. 13 del decreto legge 4/07/2006, n. 223, convertito con legge 4/08/2006, n. 248;
- limiti alla gestione ed erogazione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica mediante affidamento a società, che rinvengono la fonte normativa nell'art. 23 bis, D.L. n. 112 del 25/06/2008 convertito dalla L. n. 133 del 6/08/2008, e successive modificazioni, e nelle disposizioni di cui al relativo regolamento di attuazione D.P.R. 7/09/2010, n. 168;
- limiti ai compensi degli amministratori, disciplinati dall'art. 1, commi 725, 726 e 728 L. 27 dicembre 2006, n. 296 e succ. mod. e integr. (le cui norme si applicano a tutte le società partecipate dall'ente), per la cui violazione l'art. 3 comma 44 della Legge finanziaria per l'anno 2008 stabilisce che "l'amministratore che abbia disposto il pagamento e il destinatario del medesimo sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare eccedente la cifra consentita";
- incompatibilità e ineleggibilità degli amministratori, che rinvengono la loro fonte negli artt. 60 e 63 del TUEL ma anche nell'art. 1 comma 718 Legge finanziaria per il 2007, e nell'art. 8 del citato D.P.R. n. 168/2010, nonché, per le società partecipate dagli enti locali, la nuova disciplina sui servizi pubblici locali, in particolare l'art. 4 del D.L. n. 138/2011 convertito dalla L. n. 148 del 14/11/2011);
- limiti alla composizione degli organi amministrativi, regolati in via generale dal codice civile, all'art. 2449 ed anche, quali norme speciali, dall'art. 1 comma 729 Legge finanziaria 2007 e dall'art. 6 comma 5 D.L. 31 maggio 2010, n. 78, che ha previsto un'ulteriore riduzione del 10% dei compensi, da applicarsi successivamente al rinnovo degli organi;

- vincoli al reclutamento del personale delle società pubbliche, disciplinati dall'art. 18 D.L. 25 giugno 2008, n. 112, e dall'art. 19 del D.L. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con legge 3 agosto 2009, n. 102, che ha introdotto il comma 2 bis all'articolo 18 del D.L. 112/2008 per tutte le società che erogano servizi pubblici locali a rilevanza economica, e dalle successive modifiche di cui al D.L. 138/2011 convertito dalla L. n. 148 del 14/11/2011;
- obbligo di comunicazione da parte degli amministratori societari ai soci pubblici del proprio incarico e del relativo compenso, previsto dall'art. 1, comma 735 L. 27 dicembre 2006, n. 296, la cui violazione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria fino a 10.000 euro, irrogata dal prefetto nella cui circoscrizione ha sede la società;
- misure di riduzione di spesa per studi, consulenze, relazioni pubbliche e altro, introdotte dall'art. 61, comma 7 D.L. 25 giugno 2008 n. 112, e poi dall'art. 6, commi 7 e 11 D.L. n. 78/2010, convertito in Legge n. 122 del 30 luglio 2010, nonché dall'art. 20 del D.L. n. 98/2011 e dall'art. 28 comma 11 quater del D.L. n. 201/2011, ai fini dell'assoggettamento al patto di stabilità interno;
- assoggettamento al Patto di Stabilità interno, introdotto dal comma 2 bis dell'art. 18 del D.L. 112/2008, che sottopone i medesimi soggetti che concorrono alla quantificazione della spesa di personale dell'ente locale al rispetto del PSI, cui si aggiunge il comma 14 dell'art. 4 del D.L. n. 138/2011 che ha integrato il procedimento e, con riferimento alle sole società in house che gestiscono servizi pubblici locali [SPL] a rilevanza economica, ha previsto il controllo dell'ente locale sul rispetto del patto da parte delle società;
- applicazione del codice dei contratti pubblici alle società pubbliche ex art. 3 D. Lgs. n. 163/2006; tutte le società in house di SPL e le società a partecipazione mista pubblica e privata affidatarie SPL sono inoltre tenute all'applicazione, per l'acquisto di beni e servizi, delle disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (art. 3 bis comma 5 e art. 4, comma 15 del D.L. 138/2011);

- applicazione della legge 241/1990 alle società pubbliche e, in particolare, esercizio del diritto di accesso da parte dei consiglieri ex art. 29, comma 1 legge 7 agosto 1990, n. 241 (come modificato dall'articolo 10, comma 1 lettera b) della legge 18 giugno 2009, n. 69) e art. 43 D. lgs. n. 267/2000;
- condizioni per il mantenimento delle partecipazioni pubbliche di cui all'art. 3, commi da 27 a 32, della legge 244/2007, all'art. 71 legge n. 69/2009 e art. 19 D.L. n. 78/2009 (nei limiti precisati da Corte dei conti Sezione regionale di controllo per la Lombardia, delibera n. 10/2008, delibera n. 48/2008 e parere n. 23/2008);
- limiti alle assunzioni di nuove partecipazioni in società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi, che sono regolati dall'art. 3, commi da 27 a 32, della legge n. 244/2007, nonché dall'art. 14, comma 32, alinea, del D.L. n. 78/2010, come modificato dall'art. 16, comma 27 del D.L. n. 138/2011. Si ricorda, al riguardo, che – secondo la disciplina del Patto di Stabilità interno - costituisce parametro di virtuosità dell'ente, a decorrere dall'anno 2013, il compimento di operazioni di dismissione di partecipazioni societarie, effettuate nel rispetto della normativa vigente (articolo 20, comma 2, lettera l), D.l n. 98/2011, convertito in legge n. 111/2011);

- limitazioni agli aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito e rilascio di garanzie, di cui all'art. 6, comma 19, D.L. n. 78/2010, convertito in Legge n. 122/2010;
- divieto per le amministrazioni pubbliche di assicurare i propri amministratori per rischi connessi all'esercizio dei compiti istituzionali, ex art. 3, comma 59 legge 24 dicembre 2007, n. 244;
- comunicazione al Ministero del Economia e delle Finanze delle partecipazioni in enti e/o società dirette ed indirette (art. 2 comma 222 della legge 23 dicembre 2009, n. 191 solo per gli immobili ed esteso anche alle partecipazioni con decreto ministeriale 30 luglio 2010 n. 47832; circolare Ministero dell'economia e delle finanze dell'1 dicembre 2010 e art. 8 comma 2 del Dl n. 78/2010);
- comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica dell'elenco delle partecipazioni in consorzi e società: art. 1, comma 587 legge 27 dicembre 2006, n. 296;
- assoggettamento ai controlli esterni: oltre all'assoggettamento delle società in house ai controlli dei revisori dei conti e dell'ente locale socio o dell'ente di governo locale di ambito o di bacino (in parte introdotti dalla nuova disciplina dei SPL ed in parte preesistenti), tra le nuove forme di controllo, oltre a quello esercitabile dall'Autorità di regolazione del settore, anche la nuova funzione di monitoraggio e controllo attribuita alla Presidenza del Consiglio dei Ministri dall'art. 4 del D.L. n. 1/2012 – modificato dalla legge di conversione n. 27/2012 e dall'art. 3 bis comma 2 del D.L. n. 138/2011;

- Il cd. rapporto Cottarelli

II TUSP

- Un definitivo inquadramento sistematico del multiforme fenomeno del capitalismo municipale si è avuto con il cd. codice della società partecipate che ha consentito, pur con tutti i suoi limiti, ad esempio in tema di riparto di giurisdizione, una trattazione sistematica del fenomeno.

- Il codice infatti, ha previsto i tipi di società che possono essere costituite da pubbliche amministrazioni; le modalità di costituzione; i controlli sulla costituzione; le responsabilità degli amministratori della medesima e dell'ente socio; la gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze della predetta.
- Innanzitutto si è stabilito che le società partecipate di pubbliche amministrazioni possono rivestire solo la forma di società per azioni o a responsabilità limitata (e con esclusione di quotazione in borsa).

- Si è data valenza fondamentale all'atto costitutivo, che deve essere specificamente motivato in tema di utilità ed economicità della forma di gestione prescelta, con un controllo da parte della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti.
- Si è inasprito il divieto di aiuto alla società partecipata (il cd. soccorso finanziario).
- Si è regolata la giurisdizione tra giudice ordinario e Corte dei conti.
- Si sono obbligate le pubbliche amministrazioni ad effettuare una ricognizione e verifica delle proprie società partecipate.

- Nel dettaglio, e focalizzando sull'oggetto delle società partecipate, l'art. 4 del testo unico dettaglia i casi di costituzione restringendoli alla necessità di effettuazione di un servizio istituzionale dell'ente partecipante .

- Nonostante l'entrata in vigore del testo unico sulle società partecipate, sussistono punti di attrito tra la disciplina degli enti partecipanti (che, tra l'altro) continuano ad applicare una contabilità essenzialmente finanziaria) e quella dettata per le società di capitali.
- Lungi dal voler elencare tutte le differenze e possibili incoerenze, in questa sede si evidenziano alcuni possibili punti di frizione.

Le conciliazioni di partite debitorie e creditore

- Proprio per l'essere la società partecipata una proiezione (a volte totale) dell'ente partecipante, il legislatore ha dettato norme in tema di armonizzazione contabile tra partecipata e socio.

- Applicazione 159 del 2011

- Whistleblower
- Il dlgs 24 del 2023 ha esteso la disciplina (art. 3) ai
- *i dipendenti degli enti pubblici economici, degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, delle **societa' in house**, degli organismi di diritto pubblico o dei concessionari di pubblico servizio*

- Disciplina anticorruzione

La gestione del personale

- Altro punto fondamentale riguarda la gestione del personale, ove si potrà giocare la partita sull'efficienza dell'ente partecipato.
- In particolare:
- Le assunzioni, per le quali vi è stata omogeneizzazione (art. 19 TUSP);
- Le mansioni;

Le mansioni

Pubblica amministrazione	Soggetto privato
52	2103

- C. Cost. 133 del 2023
- Il principio del pubblico concorso, previsto dall'art. 97, quarto comma, Cost., è la forma generale e ordinaria di reclutamento per le amministrazioni pubbliche, rappresentata da una selezione trasparente, comparativa, basata esclusivamente sul merito e aperta a tutti i cittadini in possesso di requisiti previamente e obiettivamente definiti. (Precedenti: S. 199/2020 – mass. 42737; S. 36/2020 – mass. 42457; S. 40/2018 – mass. 39893).
- La regola del concorso pubblico non è assoluta, essendo consentite deroghe legislativamente disposte per singoli casi; essa non esclude, dunque, forme diverse di reclutamento purché siano funzionali al buon andamento dell'amministrazione, rispondano a criteri di ragionevolezza e siano comunque in armonia con le disposizioni costituzionali. (Precedenti: S. 110/2023 – mass. 45591; S. 227/2021 – mass. 44393; S. 133/2020 – mass. 42558; S. 34/2004).
- Il concorso è necessario anche nei casi di nuovo inquadramento in una qualifica superiore di dipendenti già in servizio, poiché anche il passaggio ad una fascia funzionale superiore comporta l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed è soggetto, pertanto, quale figura di reclutamento, alla regola del pubblico concorso. (Precedenti: S. 37/2015; S. 217/2012 – mass. 36618; S. 7/2011 – mass. 35230; S. 150/2010; S. 293/2009; S. 194/2002)

Le riduzioni del costo del personale

- Art. 19, comma 5 TUSP
- Le amministrazioni pubbliche socie fissano, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale e tenuto conto di quanto stabilito all'articolo 25, ovvero delle eventuali disposizioni che stabiliscono, a loro carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale.

- Per esempio applicazione del CCNL funzioni locali ai dipendenti della partecipata?

Il regime degli interessi

- Per i dipendenti pubblici limite al cumulo, art 22, comma 36.
- Per quelli della partecipata 429 cpc

I requisiti morali

- Per i pubblici dpr del 1994.
- Per i privati divieto di assumere informazioni.

- Differenze per i codici di comportamento