

Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Sicilia, 20/9/2017 n. 143

L'ente locale non può costituire o mantenere partecipazioni societarie una volta che sia intervenuta la dichiarazione di fallimento della società a controllo pubblico già titolare di affidamento diretto, ma deve riaffidare il servizio sul mercato.

La ratio della disposizione di cui all'art. 14, c.6, del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica approvato con il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, attiene a una fase successiva al monitoraggio ed alla prevenzione delle crisi aziendali ed è, segnatamente, quella di obbligare l'ente pubblico a ricorrere al mercato una volta che si sia verificato un "fallimento dell'intervento pubblico", inibendo la possibilità stessa di costituire o mantenere partecipazioni societarie operanti nell'ambito dell'intervenuta dichiarazione di fallimento della società a controllo pubblico già titolare di affidamento diretto.

La previsione di cui all'art. 14, c. 6, del TUSPP induce a ritenere che, in disparte le superiori esigenze di interesse pubblico che possono, al ricorrere degli altri presupposti, giustificare eccezionalmente la salvaguardia della continuità per mezzo dell'organo della procedura (sul punto appare però opportuno un intervento normativo di coordinamento), l'ente pubblico non può mantenere partecipazioni in società dichiarate insolventi ma deve riaffidare il servizio sul mercato.

L'art. 14 del TUSPP introduce un divieto che opera in modo perentorio e prescinde dalla formale determinazione dell'ente in sede di ricognizione delle partecipazioni. Si tratta, invero, di una disciplina a contenuto pubblicistico e sanzionatorio che impone all'amministrazione di dismettere la veste di imprenditore pubblico e di procedere all'esternalizzazione del servizio in conseguenza dell'insuccesso della formula societaria quale modulo organizzatorio di intervento diretto, comprovato dalla dichiarazione dello stato di insolvenza del soggetto partecipato. In definitiva, il "fallimento" dell'intervento pubblico è "sanzionato" con l'obbligo di ricorrere al mercato. L'amministrazione pubblica non potrà più assumere (almeno per cinque anni) l'organizzazione e la gestione del servizio attraverso la partecipazione a una società c.d. in house (ossia suscettibile di un controllo analogo a quello svolto nei confronti dei propri organi interni); dovrà, pertanto, ricorrere al mercato, avendo cura di esercitare le imprescindibili istanze di governance ossia di coltivare gli interessi pubblici sottesi al servizio esternalizzato attraverso l'esercizio del controllo c.d. contrattuale sull'attività affidata e sul servizio erogato dal soggetto esterno affidatario.

Materia: società / partecipazione pubblica

Deliberazione n. 143 /2017/PAR

REPUBBLICA ITALIANA  
Corte dei conti  
Sezione di controllo per la Regione siciliana

nella camera di consiglio dell'adunanza generale del 25 luglio 2017

visto il T.U. delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 e successive modificazioni ed integrazioni;

visto l'art. 23 del R. D. Lgs. 15 maggio 1946, n.455 (Approvazione dello Statuto della Regione siciliana);

visto il D. Lgs. 6 maggio 1948, n. 655 (Istituzione di Sezioni della Corte dei conti per la Regione siciliana);

visto il D. Lgs. 18 giugno 1999, n. 200 (Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana recante integrazioni e modifiche al D. Lgs. n. 655 del 1948);

vista la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione);

vista la legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) ed, in particolare, l'art.7, comma 8;

vista la richiesta di parere inoltrata dalla Commissione straordinaria del Comune di Palazzo Adriano (PA) con nota del 22 maggio 2017 n. prot. 5081, acclarata al protocollo della Sezione in pari data (n. Cdc. 5125);

vista l'ordinanza n. 130/2017/CONTR con cui il Presidente ha convocato la Sezione in adunanza generale per l'odierna camera di consiglio;

udito il magistrato relatore dott. Gioacchino Alessandro.

\*\*\*\*\*

La Commissione straordinaria del Comune di Palazzo Adriano chiede alla Sezione di pronunciarsi in merito alla corretta interpretazione degli articoli 14, comma 6, e 24 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica). In particolare, chiede di conoscere l'avviso della Sezione in ordine alla possibilità che l'ente, nell'ambito dell'attività di ricognizione straordinaria delle proprie partecipazioni ai sensi dell'art. 24 del citato testo unico, preveda la dismissione delle società che versino nella condizione di cui all'art. 14, comma 6, del medesimo decreto, a mente del quale è vietato alle amministrazioni di costituire nuove società ovvero di acquisire o mantenere partecipazioni societarie nei medesimi settori in cui hanno operato società partecipate dichiarate fallite.

\*\*\*\*\*

1. Il Collegio deve, preliminarmente, valutare i profili di ricevibilità e di ammissibilità della richiesta di parere alla luce dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131.

In relazione ai profili di ricevibilità, la Sezione osserva che la richiesta di parere è stata sottoscritta dalla Commissione straordinaria dell'ente, nominata a seguito dello scioglimento degli organi elettivi ai sensi dell'art. 143 del TUEL, alla quale va riconosciuta la legittimazione quale legale rappresentante dell'ente a promuovere l'attività consultiva della Corte dei Conti.

Accertata la ricevibilità della richiesta, occorre ora analizzarne i profili di ammissibilità.

La Corte dei Conti, secondo il disposto dell'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003, può rendere pareri in materia di "contabilità pubblica". Al riguardo, le Sezioni Riunite in sede di Controllo, con la deliberazione n. 54 depositata in data 17 novembre 2010, resa in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, comma 31, del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, condividendo l'orientamento già espresso dalla Sezione delle Autonomie con la deliberazione n. 5 del 17 febbraio 2006, hanno affermato che la nozione di "contabilità pubblica" strumentale alla funzione consultiva deve assumere un ambito limitato alle normative ed ai relativi atti applicativi che disciplinano l'attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo in particolare la disciplina inerente la gestione dei bilanci ed i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria-contabile, la gestione delle spese, la disciplina del patrimonio, l'indebitamento, la rendicontazione ed i relativi controlli. Le

Sezioni Riunite hanno, inoltre, sottolineato che il concetto di contabilità pubblica consiste nel sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici.

Per consolidato orientamento delle Sezioni Regionali di Controllo, fatto proprio anche da questa Sezione, la funzione consultiva assegnata alla Corte dei conti deve trattare ambiti ed oggetti di portata generale e non fatti gestionali specifici; non può riguardare provvedimenti già formalmente adottati non potendo tramutarsi in una verifica postuma di legittimità e non può interferire con le funzioni assegnate ad altre Magistrature o alla stessa Corte.

Tanto premesso, ritiene il Collegio che i quesiti proposti rientrino nella materia della "contabilità pubblica", come sopra intesa, atteso che la materia delle partecipazioni societarie e segnatamente gli aspetti afferenti alla disciplina della crisi delle imprese pubbliche e degli interventi di razionalizzazione delle partecipazioni societarie investono direttamente la finanza pubblica e la salvaguardia degli equilibri di bilancio degli enti locali, ora intesi in senso dinamico e con riferimento al gruppo amministrazione pubblica.

Deve tuttavia precisarsi che a Sezione non può pronunciarsi su singoli atti gestionali né sostituirsi all'amministrazione nell'effettuazione di precisi atti di programmazione. Pertanto, le osservazioni e le coordinate ermeneutiche di seguito enunciate si riferiscono al quesito generale che il Collegio astrae dalla richiesta dell'ente, senza alcun specifico riferimento alla fattispecie concreta che, peraltro, la Sezione non sarebbe in grado di valutare in mancanza di elementi cognitivi specifici e di approfondimenti che non pertengono a questa sede. Esulano dall'odierno esame e restano bensì salve le verifiche di competenza della Sezione di controllo alla quale deve essere inviato il provvedimento di ricognizione di cui all'art. 24 del citato testo unico.

2. Passando al merito del quesito, fermo restando la superiore avvertenza, occorre premettere che l'art. 14, comma 6, del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica approvato con il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, prevede che *"Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita"*.

La norma di colloca all'interno della disciplina più generale delle *"crisi di impresa delle società a partecipazione pubblica"*. In estrema sintesi, con il citato art. 14, il legislatore ribadisce espressamente:

- a) l'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39 (cfr. comma 1);
- b) l'obbligo di adottare tempestivamente gli interventi atti a scongiurare le crisi d'impresa e ad assicurare il risanamento dell'ente (commi 2 e 3);
- c) il divieto di interventi di "mero soccorso finanziario" (commi 4 e 5).

Occorre evidenziare che assume particolare rilevanza il dovere degli amministratori di monitorare la situazione finanziaria della società e di prevenire e gestire tempestivamente le situazioni di crisi aziendali, con ogni conseguenza in termini di responsabilità per eventuali ipotesi di danno arrecato al patrimonio societario o, direttamente, a quello pubblico (in ordine alle distinte fattispecie e al conseguente riparto di giurisdizione cfr. art. 12 del TUSPP).

Principio immanente, corrispondente a basilari criteri di razionalità economica e di tutela delle finanze pubbliche, già prima dell'introduzione delle disposizioni di cui al menzionato testo unico e della disciplina

vincolistica in precedenza dettata dal legislatore, è quello che vieta di detenere partecipazioni in soggetti sistematicamente in perdita o di fatto insolventi, così come non sono assentiti interventi di mero soccorso finanziario preordinati ad occultare o alleggerire momentaneamente tale condizione.

La *ratio* della disposizione finale di divieto (comma 6) che viene in rilievo nel presente quesito attiene, invece, a una fase successiva al monitoraggio ed alla prevenzione delle crisi aziendali ed è, segnatamente, quella di obbligare l'ente pubblico a ricorrere al mercato una volta che si sia verificato un "fallimento dell'intervento pubblico", inibendo la possibilità stessa di costituire o mantenere partecipazioni societarie operanti nell'ambito dell'intervenuta dichiarazione di fallimento della società a controllo pubblico già titolare di affidamento diretto.

Su un piano diverso, quello della pianificazione e del necessario momento ricognitivo e decisionale, opera la disposizione di cui all'art. 24 del TUSPP sulla *"revisione straordinaria delle partecipazioni"*. Si tratta di una norma di sistema (non a caso la norma dispone che la ricognizione costituisca *"aggiornamento nella piano operativo di razionalizzazione"* già introdotto dalla legge n. 190 del 2014) a mente della quale: *"Le partecipazioni detenute, direttamente o indirettamente, dalle amministrazioni pubbliche alla data di entrata in vigore del presente decreto in società non riconducibili ad alcuna delle categorie di cui all'articolo 4, commi 1, 2 e 3, ovvero che non soddisfano i requisiti di cui all'articolo 5, commi 1 e 2, o che ricadono in una delle ipotesi di cui all'articolo 20, comma 2, sono alienate o sono oggetto delle misure di cui all'articolo 20, commi 1 e 2. A tal fine, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ciascuna amministrazione pubblica effettua con provvedimento motivato la ricognizione di tutte le partecipazioni possedute alla medesima data di entrata in vigore del presente decreto, individuando quelle che devono essere alienate"*.

L'ente è pertanto chiamato ad effettuare la suddetta ricognizione in maniera coerente rispetto alle prescrizioni del Testo unico ed alle norme sopra richiamate, e senza ovviamente prescindere dai divieti di detenere o mantenere partecipazioni. I termini entro cui effettuare la ricognizione c.d. straordinaria sono peraltro prossimi alla scadenza (30 settembre 2017, alla luce del differimento contenuto nel decreto correttivo *medio tempore* emanato).

Occorre a questo punto rilevare che l'art. 14 del TUSPP introduce un divieto che opera in modo perentorio e prescinde dalla formale determinazione dell'ente in sede di ricognizione delle partecipazioni. Si tratta, invero, di una disciplina a contenuto pubblicistico e sanzionatorio che impone all'amministrazione di dismettere la veste di imprenditore pubblico e di procedere all'esternalizzazione del servizio in conseguenza dell'insuccesso della formula societaria quale modulo organizzatorio di intervento diretto, comprovato dalla dichiarazione dello stato di insolvenza del soggetto partecipato. In definitiva, il "fallimento" dell'intervento pubblico è "sanzionato" con l'obbligo di ricorrere al mercato. L'amministrazione pubblica non potrà più assumere (almeno per cinque anni) l'organizzazione e la gestione del servizio attraverso la partecipazione a una società c.d. *in house* (ossia suscettibile di un controllo analogo a quello svolto nei confronti dei propri organi interni); dovrà, pertanto, ricorrere al mercato, avendo cura di esercitare le imprescindibili istanze di *governance* ossia di coltivare gli interessi pubblici sottesi al servizio esternalizzato attraverso l'esercizio del controllo c.d. contrattuale sull'attività affidata e sul servizio erogato dal soggetto esterno affidatario.

Ciò posto, in linea di principio il fallimento della società a partecipazione pubblica determina la cessazione dell'attività già esercitata dalla stessa. Appare però opportuno rammentare che la legge fallimentare (regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, da ultimo modificata dalla legge 30 giugno 2016, n. 119 e dalla legge 11 dicembre 2016, n. 232) - ancorché non espressamente richiamata dalla norma del TUSPP dedicata alla crisi delle imprese pubbliche - prevede eccezionalmente la possibilità di un esercizio provvisorio (art. 104), in toto o limitatamente a singoli rami dell'impresa, allo scopo di salvaguardare l'avviamento aziendale e sempre che non arrechi pregiudizio ai creditori. La *ratio* della prosecuzione dell'impresa con la gestione sostitutiva del curatore fallimentare, cui è preordinata la tendenziale continuazione dei contratti pendenti (art. 104, comma 7, della legge fallimentare), è infatti

proprio quella, riscontrabile anche nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, di continuare a perseguire le finalità per le quali la società è stata costituita o acquisita ed è partecipata o controllata dall'amministrazione pubblica socia al fine di garantire la continuità ed evitare un'interruzione pregiudizievole per la collettività, come ad esempio la produzione di un servizio d'interesse generale, la progettazione e gestione di un'opera pubblica, l'organizzazione e gestione di un servizio pubblico, la produzione di beni e servizi strumentali all'ente partecipante (cfr. art. 4 TUSPP). A tal riguardo, può apparire pertinente anche il richiamo all'art. 110, comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici) che, in riferimento all' "esecuzione" degli appalti per lavori, servizi e forniture, prevede, in linea generale, che il curatore del fallimento autorizzato all'esercizio provvisorio può "eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita". Si deve però tener conto, da un lato, dei problemi di compatibilità della "gestione sostitutiva" del curatore con l'esercizio dei poteri di "controllo analogo" da parte dell'amministrazione controllante alla cui stregua è stato originariamente consentito l'affidamento diretto, atteso che la natura della vigilanza degli organi della procedura sull'esercizio provvisorio non è corrispondente al peculiare controllo tecnico-economico del committente pubblico. Dall'altro lato, sembra pure pacifico che quest'ultimo può sempre attivare i rimedi negoziali previsti per la risoluzione del contratto di appalto o di concessione e riaffidare il servizio mediante il ricorso al mercato. Anzi, proprio la previsione di cui all'art. 14, comma 6, del TUSPP induce a ritenere che, in disparte le superiori esigenze di interesse pubblico che possono, al ricorrere degli altri presupposti, giustificare eccezionalmente la salvaguardia della continuità per mezzo dell'organo della procedura (sul punto appare però opportuno un intervento normativo di coordinamento), l'ente pubblico non può mantenere partecipazioni in società dichiarate insolventi ma deve riaffidare il servizio sul mercato.

P.Q.M.

Nei suesposti termini è il parere della Sezione.

Dispone che la presente deliberazione venga trasmessa, a cura della Segreteria all'Amministrazione richiedente nonché all'Assessorato regionale delle Autonomie Locali.

Così deliberato a Palermo, nella Camera di consiglio del 25 luglio 2017.

L'ESTENSORE  
(Giacchino Alessandro)

IL PRESIDENTE F.F.  
(Francesco Albo)

Depositata in Segreteria il 20 settembre 2017

IL FUNZIONARIO RESPONSABILE  
(Fabio Guiducci)

( da [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it) )