

**Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, 5
febbraio 2009, n. 20**

LA
CORTE DEI CONTI
IN
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua Presidente
dott. Giorgio Cancellieri Consigliere
dott. Giancarlo Penco Consigliere
dott. Angelo Ferraro Consigliere
dott. Giancarlo Astegiano Referendario
dott. Gianluca Braghò Referendario (Relatore)
dott. Alessandra Olessina Referendario
dott. Massimo Valero Referendario

nell'adunanza in camera di consiglio del 5 febbraio 2009

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con
il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n.
14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per
l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti,
modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3
luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo
unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota n. 11773 del 12 gennaio 2009 con la quale il sindaco del
comune di C. (CR) ha richiesto un parere circa l'esatta
interpretazione della locuzione "società mista" contenuta nell'art. 1
comma 729 della legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge finanziaria per il
2007), in relazione al numero dei componenti del consiglio di
amministrazione designabili dagli enti locali.

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la
quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla
formulazione dei pareri previsti dall'art. 7, comma 8, della legge n.
131/2003;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione
per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del sindaco del
comune di Lecco;

Udito il relatore dott. Gianluca Braghò;

FATTO

Con nota n. 11773 del 12 gennaio 2009 il sindaco del comune di C. (CR)
ha richiesto un parere in merito alla portata applicativa

dell'art.1 comma 729 della legge 27 dicembre 2006 n.296, con specifico riferimento ed estensione normativa da attribuire al concetto di società mista.

In particolare, il sindaco evidenzia che il comune di C. è azionista della C. S. S.p.A., società a totale partecipazione pubblica, con capitale sociale attualmente inferiore a due milioni di euro e che la suddetta società ha espletato una procedura ad evidenza pubblica comunitaria per l'individuazione di soci privati, divenendo mista ancorché i soci individuati tramite la gara siano società interamente partecipate da enti pubblici. Pertanto, il sindaco intende conoscere se, ai sensi dell'art. 1 comma 729 della legge 27 dicembre 2006 n.296, tale società sia a tutti gli effetti mista e, conseguentemente, se si possa nominare un consiglio di amministrazione costituito da un numero di componenti superiore a tre.

AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA

La richiesta di parere di cui sopra è intesa ad avvalersi della facoltà prevista dalla norma contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, la quale dispone che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possono chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti "pareri in materia di contabilità pubblica".

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge 131/2003, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

La Sezione, preliminarmente, è chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità della richiesta, con riferimento ai parametri derivanti dalla natura della funzione consultiva prevista dalla normazione sopra indicata.

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei comuni, si osserva che il sindaco del comune è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.

Pertanto, la richiesta di parere è ammissibile soggettivamente poiché proviene dall'organo legittimato a proporla.

AMMISSIBILITA' OGGETTIVA

Con riguardo alle condizioni di ammissibilità oggettiva, la richiesta di parere, allo stato degli atti, non interferisce con le funzioni di controllo o giurisdizionali svolte dalla magistratura contabile e neppure con alcun altro giudizio civile o amministrativo che sia in corso; riveste "carattere generale", in quanto diretta ad ottenere indicazioni relative alla corretta applicazione di norme valide per la generalità degli enti locali di tipologia simile al comune richiedente; rientra nella materia della contabilità pubblica, poiché attiene alla disciplina contenuta in leggi finanziarie, sul contenimento e sull'equilibrio della spesa pubblica, nonché sulle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, incidenti sulla formazione e gestione del bilancio dell'ente, in relazione alle norme che disciplinano i poteri di nomina dei componenti dei consigli di amministrazione delle società variamente partecipate da enti pubblici locali.

A questo proposito, come è stato rilevato già nelle delibere n. 46/pareri/2007 del 18 ottobre 2007, n. 49/pareri/2007 del 6 novembre 2007, deve essere messo in luce che viene chiesto alla Sezione Regionale di Controllo della Corte dei conti di fornire l'interpretazione di una norma, inserita nella legge finanziaria, diretta a contenere i costi delle amministrazioni pubbliche, con indubbio riflesso sull'allocazione delle risorse finanziarie della collettività e, in ultima analisi, sulla materia dei bilanci pubblici, considerato anche il dovere di vigilanza e controllo che incombe sull'ente titolare di una partecipazione azionaria al fine di preservare il patrimonio dell'ente territoriale.

Peraltro, non può trascurarsi, come questa Sezione ha già rilevato nei citati pareri n. 46 e 49 del 2007, che la disposizione in questione è inserita in un contesto nel quale sono previsti alcuni interventi diretti a contenere costi che, in ultima analisi, ricadono sui bilanci degli enti che partecipano al capitale sociale e segnatamente in relazione all'ammontare dei compensi degli amministratori delle società partecipate.

Per i suesposti motivi, la richiesta di parere proveniente dal sindaco del comune di C. è ammissibile e può essere esaminata nel merito.

MERITO

Venendo al merito della richiesta, occorre osservare che la Sezione si è già espressa nella medesima materia, oltre che con le richiamate decisioni n. 46/pareri/2007, n. 49/pareri/2007, anche con le decisioni 15/pareri/2008 e 16/pareri/2008 concernenti tutte a vario titolo, la natura giuridica e la disciplina delle esternalizzazioni societarie, nonché l'esatta qualificazione della locuzione "società mista" e le regole applicabili in tema di numero dei componenti del consiglio di amministrazione della società partecipata.

Preliminarmente, si osserva che la scelta di dar corso alle eventuali modifiche statutarie o alla riduzione del numero degli amministratori delle società partecipate, ove necessario, al pari di ogni altra scelta attinente la gestione dell'ente, spetta agli organi cui è affidata l'amministrazione comunale.

Al fine di assumere le determinazioni di loro competenza, gli organi comunali, nell'ambito della loro discrezionalità, possono riferirsi alle conclusioni contenute nel presente parere.

Nell'ambito della disciplina dettata per il contenimento della spesa pubblica, il Parlamento, con l'art.1 comma 729 della legge finanziaria per il 2007, ha previsto una semplificazione nella composizione dei consigli di amministrazione delle società alle quali partecipano enti pubblici territoriali, stabilendo un numero massimo di componenti per ciascuna tipologia di società, determinato in relazione al capitale sociale.

Il legislatore ha preso in considerazione solo in modo parziale le varie tipologie di società, dettando una disciplina puntuale unicamente per quelle a totale capitale pubblico mentre per quelle a partecipazione mista di capitale pubblico e privato, non ha distinto fra partecipazione maggioritaria o minoritaria degli enti pubblici. La disciplina stabilisce che nelle società il cui capitale sia totalmente di proprietà, anche indiretta, di enti locali, il numero massimo degli amministratori non potrà superare le tre unità ovvero le cinque per quelle il cui capitale sociale è superiore all'importo indicato da un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri; nelle società al cui capitale partecipino sia soci pubblici che privati, il

numero massimo degli amministratori designati dai soci pubblici non può essere superiore a cinque, ivi compresi quelli di nomina regionale.

La norma, infine, ha previsto al terzo periodo del comma 729 che "Le società adeguano i propri statuti e gli eventuali patti parasociali entro tre mesi dall'entrata in vigore del citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri".

Il legislatore non ha dettato alcuna disciplina transitoria diretta a disciplinare esplicitamente le conseguenze della modifica statutaria, al fine di chiarire in modo esplicito se a seguito della stessa si verifichi la decadenza degli amministratori in carica, ovvero se la variazione opera a partire dalla ordinaria scadenza del mandato degli amministratori in carica.

In data 26 luglio 2007 è stato emanato il d.p.c.m. previsto dalla norma citata sopra che ha individuato in 2.000.000 di euro la soglia al di sopra della quale nelle società a totale partecipazione pubblica possono nominarsi sino ad un massimo di cinque amministratori.

Il decreto è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 7 agosto 2007 e, considerata la sua natura regolamentare, è entrato in vigore il 22 agosto 2007 per cui il termine entro il quale gli statuti delle società devono essere adeguati alla disciplina posta dal citato co. 729, dell'art. 1, della legge finanziaria per il 2007 è quello del 22 novembre 2007.

La laconicità della disciplina legislativa, unita alla circostanza che la modifica statutaria coinvolge anche l'interesse di terzi, i soci delle società miste e gli amministratori di tutte le società a partecipazione pubblica, comporta la necessità di una ponderata ricostruzione del contenuto della norma, sia in relazione ai profili pubblicistici che a quelli societari.

La formulazione letterale della norma contenuta nella legge finanziaria mette in luce che la riduzione del numero degli amministratori delle società partecipate da un ente locale presuppone la modifica dello statuto sociale. In altri termini, la previsione normativa non si sostituisce automaticamente alle clausole relative alla nomina dell'organo sociale contenuta negli statuti sociali, ma presuppone una specifica attività di adeguamento.

Al fine di chiarire nei termini più precisi possibili la questione occorre stabilire quale sia l'organo comunale competente a provvedere. Le delibere di approvazione degli statuti delle società partecipate dall'ente locale sono di competenza del Consiglio dell'ente che, quindi, è chiamato ad approvare anche le modifiche da apportare allo Statuto (sul tema si rinvia alla decisione del Consiglio di Stato, 3 marzo 2005, n. 832, resa proprio in relazione allo statuto del comune di Milano).

Al riguardo, val la pena mettere in luce che nel caso di specie l'adeguamento è solo parzialmente vincolato poiché il legislatore indica unicamente il numero massimo degli amministratori che possono essere designati in relazione a ciascuna tipologia di società, cosicché residua un importante spazio di decisione del Consiglio in ordine alla determinazione dell'effettivo numero degli amministratori delle società a totale partecipazione pubblica e della disciplina del numero degli amministratori e dell'eventuale mutamento dei rapporti e dei patti parasociali con i soci delle società miste.

Anche se la formulazione della norma non è precisa poiché afferma che "le società adeguano i propri statuti ...", deve ritenersi che l'obbligo

di attivarsi spetti non solo agli organi amministrativi della società in base alle competenze loro affidate dagli statuti e dalle società, ma anche agli organi dell'ente locale che hanno la competenza nella gestione delle partecipazioni, i quali debbono far sì che il Consiglio comunale venga convocato al fine di approvare la modifica da apportare allo statuto della società partecipata.

Peraltro, considerata la finalità sostanziale perseguita dalla legge finanziaria e cioè il contenimento dei costi, ove lo statuto della società consenta la nomina di un numero maggiore di amministratori rispetto a quello previsto dalla norma in questione, ma nell'attualità il numero di amministratori sia contenuto nei limiti normativi, può differirsi la modifica statutaria, purché l'assemblea sociale non aumenti, prima della modifica, il numero degli amministratori.

Il legislatore ha previsto che la disciplina di contenimento del numero degli amministratori sia applicabile anche alle partecipazioni indirette degli enti locali, vale a dire alle società il cui capitale è controllato dalle società partecipate dell'ente locale. Nei confronti delle partecipate indirette l'ente locale non ha alcun potere di intervento diretto e, pertanto, non può deliberare in ordine alle modifiche dei loro statuti. Considerato il tenore della norma e l'obbligo imposto agli enti territoriali della legge finanziaria per il 2007 deve ritenersi che questi ultimi possano, ed anzi debbano, invitare gli amministratori delle società direttamente partecipate dall'ente affinché si attivino per modificare, nel senso voluto dalla legge, gli statuti delle partecipate delle società che amministrano.

Una eventuale inerzia degli amministratori delle partecipate non potrebbe che configurare giusta causa di revoca ai sensi dell'art. 2383 cod. civ.

L'applicazione della norma presenta profili problematici in relazione alle società miste, ovvero per quelle compagini sociali ove sono presenti contemporaneamente soci pubblici e privati.

In queste società, infatti, l'interesse sociale degli enti pubblici - o meglio di ciascun ente pubblico nel caso di una pluralità - deve essere temperato con quello dei soci privati. Le parti, pubbliche o private, potrebbero aver deciso di procedere alla costituzione della società, ovvero all'acquisto di una partecipazione, anche in relazione alle particolari regole di funzionamento della società e, in ipotesi, al numero degli amministratori che, ove il capitale sia diffuso, possa garantire un'adequata rappresentazione nell'organo amministrativo degli interessi di ciascun ente.

L'imposizione di una modifica che limiti a cinque il numero massimo degli amministratori designati da enti pubblici potrebbe comportare difficoltà organizzative e redistributive fra i vari enti di non facile soluzione. Senza contare, che la stessa applicazione pratica della norma presenta notevoli problematiche.

E' evidente che l'unica situazione nella quale l'ente locale può intervenire senza problemi riguarda il caso nel quale sia l'unico socio pubblico e lo statuto preveda la designazione di più amministratori ai sensi dell'art. 2449 cod. civ.

In tutti gli altri casi, nei quali la nomina degli amministratori venga deliberata secondo l'ordinaria disciplina del diritto societario, la sola volontà del singolo ente locale non potrebbe essere sufficiente a raggiungere lo scopo previsto dalla norma.

Innanzitutto, l'assemblea straordinaria potrebbe non approvare una modifica statutaria che limiti il numero dei soci pubblici, sia perché

il capitale privato è maggioritario sia perché il capitale pubblico, diffuso fra più soci, potrebbe non concordare su un criterio di ripartizione.

In ogni caso, al fine di distinguere fra amministratori indicati da enti locali e regioni, da un lato, e amministratori indicati dagli altri soci, dall'altro, occorrerebbe inserire una clausola che preveda il voto per liste, unico sistema che permette di fare chiarezza in ordine alla designazione degli amministratori.

Anche la modifica dei patti parasociali non è, ovviamente, nella disponibilità del singolo ente pubblico ma prevede il concorso della volontà di tutti i soci che aderiscono al patto.

Ma, va ancora posto in evidenza che il riparto degli amministratori tra soci privati, che perseguono interessi di natura meramente economica, e soci pubblici, la cui partecipazione ha quale necessario substrato la cura di interessi delle collettività amministrate, può essere alterato da una norma che limiti il numero degli amministratori di provenienza degli enti pubblici, con conseguenti ricadute sui poteri gestionali e di controllo delle società nonché su alcune scelte di rappresentanza degli interessi legati all'assetto societario.

La conclusione che può trarsi è che, considerata la natura della norma posta dal co. 729 dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2007, gli organi di vertice degli enti locali territoriali debbano attivarsi per addivenire ad una modifica degli statuti e dei patti parasociali delle società miste.

Tuttavia, in relazione a quanto esposto sopra, non sembra potersi affermare che nell'immediato gravi sugli amministratori pubblici un'obbligazione di risultato poiché l'eventuale mancato adeguamento dello statuto o dei patti parasociali e la conseguente diminuzione degli amministratori di "provenienza" pubblica può richiedere una dispendiosa attività di contemperamento di interessi e di strumenti idonei al raggiungimento delle finalità previste dal legislatore.

Peraltro, la diligenza dispiegata nello svolgimento dell'attività va valutata in relazione all'obiettivo posto dalla legge finanziaria di contenimento della spesa relativa agli emolumenti degli amministratori di società partecipate.

D'altro canto va posto in evidenza che le scelte ultime sui tempi necessari e sul modo di raggiungere l'obiettivo di legge spettano all'ente pubblico azionista (in modo diretto o indiretto), dal momento che l'attività in sede societaria deve rispecchiare dette scelte. In proposito va notato che nelle scelte l'ente proprietario delle azioni non gode di autonomia privata ma di discrezionalità e che fine primario dell'agire è l'adempimento dell'obbligo di legge rispetto al quale va effettuata la comparazione con gli altri interessi pubblici in capo all'ente (in particolare con l'interesse che ha indotto l'ente a partecipare alla società) in modo da comporre detti interessi e da rendere addirittura recessivo l'interesse primario ove questo comprime fortemente altri interessi pubblici ritenuti fondamentali per l'ente e che hanno dato luogo a quel tipo di organizzazione tutelata in Costituzione dall'art. 117.

L'art.1 comma 729 della legge 27 dicembre 2006 n.296, ha introdotto nell'ordinamento un principio generale in via di consolidamento, a tenore del quale i soci pubblici locali devono limitare il numero degli amministratori delle società di capitali da loro partecipate al numero legale previsto ex lege.

Sulla medesima linea, il legislatore con l'art.3, commi 12-17, della legge 24 dicembre n.244 2008 ha introdotto uno specifico limite riferito alle amministrazioni pubbliche statali, le quali debbono ridurre, nelle società da loro direttamente o indirettamente controllate, il numero degli amministratori a tre o a cinque, a seconda del numero originario di amministratori in carica.

Dirimente ai fini dell'applicazione del primo o del secondo periodo delle disposizioni riferite al comma 729 della legge finanziaria per il 2007, è stabilire se la società sia a totale partecipazione pubblica, anche indiretta, da parte di enti locali o sia una società mista.

Nell'ambito della casistica affrontata in sede consultiva, la Sezione ha ritenuto nel contesto dei pareri nn.15/2008 e 16/2008 che la società in cui partecipi la locale Camera di Commercio debba essere considerata società con pluralità di soci pubblici, in cui non tutti i partecipanti al capitale sono soci pubblici locali, in ragione del rilievo che le Camere di Commercio sono enti pubblici non economici che non possono qualificarsi alla stregua di enti territoriali locali. Conseguentemente, gli amministratori che vengono designati da tali enti non rientrano nel tetto previsto dalla norma in questione.

Nell'ipotesi oggetto del presente parere, la società C. S. S.p.A. ha espletato una gara ad evidenza pubblica comunitaria per l'individuazione di soci privati. Occasionalmente, i soci individuati tramite la procedura competitiva sono società interamente partecipate da enti pubblici.

In relazione alla composizione effettiva della compagine sociale si possono esprimere due opposte interpretazioni.

Seguendo la prima impostazione, si può ritenere che la società in questione sia tuttora una società interamente pubblica e non affatto mista, poiché l'assetto societario è determinato dalla partecipazione, di primo o di secondo livello, totalmente in mano pubblica.

Aderendo alla seconda, si può obiettare che in realtà la società derivante dall'effettuazione di una gara comunitaria per la scelta del socio privato sia per definizione una società mista, indipendentemente dal risultato della gara medesima, che solo occasionalmente ha comportato l'individuazione di organismi societari pubblici quali soci subentranti.

La Sezione ritiene preferibile la seconda opzione, a tenore del dirimente rilievo che l'individuazione del socio, ancorché nell'evenienza soggetto pubblico, sia stata compiuta in ossequio alle norme che regolano la libera concorrenza in ambito comunitario.

La scelta di espletare i servizi pubblici mediante società in house o mista rientra nella discrezionalità degli organi di amministrazione dell'ente, secondo canoni di ponderata convenienza economica ed in ossequio ai principi di efficienza ed economicità della gestione. La natura giuridica della società si determina ab initio, allorché il comune intende costituire una società mista mediante l'indizione di una gara ad evidenza pubblica comunitaria per l'individuazione del socio privato. La natura mista della società non muta qualora il soggetto vincitore della procedura comparativa sia concretamente individuato in una società partecipata interamente da enti pubblici. A sostegno di quanto affermato, appare opportuno osservare che le società pubbliche in house che svolgono attività commerciali incontrano i limiti ordinamentali introdotti dalla legislazione "Bersani" specificati all'art. 13 del decreto legge 4 luglio 2006

n.223, convertito nella legge 4 agosto 2006 n.248 e che dunque l'adozione del modello di società mista origina da prescrizioni normative cogenti, oltre che da scelte gestionali della pubblica amministrazione. Il processo di dismissione delle partecipazioni pubbliche per servizi non strettamente correlati con le funzioni ordinarie dell'ente è confermato altresì dalle disposizioni contenute nell'art.3, commi da 27 a 32, della legge finanziaria per il 2008.

Sotto altro profilo, il regime che limita a tre il numero dei componenti del consiglio di amministrazione nominati dagli enti locali, connesso al primo periodo dell'art.1 comma 729 della legge finanziaria per il 2007, si applica esclusivamente alle società partecipate totalmente, anche in via indiretta, da enti locali e non alle società partecipate genericamente, anche in via indiretta, da enti pubblici. Ne è riprova testuale la locuzione utilizzata dal legislatore nel comma 728 del medesimo articolo di legge, al fine di definire i criteri per determinare i compensi spettanti ai rappresentanti del socio pubblico, al presidente e ai componenti del consiglio di amministrazione: "società a partecipazione mista di enti locali ed altri soggetti pubblici o privati".

In conclusione, se è vero che la società in questione deve considerarsi mista nei termini anzidetti, in virtù dell'espressa previsione di legge scolpita nell'art.1 comma 729 secondo periodo, della legge 27 dicembre 2006 n.296, il numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione designati dai soci pubblici locali, comprendendo nel numero anche quelli eventualmente designati dalle regioni, non può essere superiore a cinque. Gli amministratori che vengono designati dai soci subentranti a seguito di gara ad evidenza pubblica comunitaria per la scelta del socio privato, non rientrano nel tetto previsto dalla norma in questione, ancorché, in concreto, i nuovi soci entranti siano società partecipate interamente da soggetti pubblici.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore Il Presidente
(Gianluca Braghò) (Nicola Mastropasqua)
Depositato in Segreteria il 6 febbraio 2009
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)