



COMUNE DI FANO

(Provincia di Pesaro e Urbino)
RISORSE UMANE E TECNOLOGICHE
SOCIETA' PARTECIPATE - SPL

Fano 14/08/2013
p.g.58955
RAC A/R - anticipata via mail

ASET/SPA
0006073/13 20/08/2013



Collegio Revisori
ASET spa

Dirigente ASET spa
Dott.Pallotti Roberto

e p.c.
Sindaco
Assessore Partecipate

e p.c.
Comitato Controllo
Dott.De Leo
Dott.ssa Mantoni

e p.c.
Segretario Generale

OGGETTO: Situazione Consiglio di Amministrazione ASET spa.

In relazione alla VS nota del 07/08/2013 notificata nelle mani del sottoscritto pari data in atti ente con p.g.n.58511/2013 del 12/08/2013 si relaziona quanto segue.

Con il verbale dell'Assemblea dei soci del 9/05/2013, in relazione all'avvio del processo di fusione societaria tra ASET spa ed ASET Holding spa, si è proceduto a sospendere la nomina del cda a seguito di delibera del Consiglio Comunale n.75/2013 come da indicazioni della società di consulenza.

Nel merito gli approfondimenti resisi necessari in materia debbono indurre a concludere per la vigenza della L.n.444/1994 stante il preciso tenore della formulazione adottata dal legislatore che non si contempla esimente alcuna.

In relazione a quanto indicato si osserva che il carattere di specialità di tale norma non consente di supporre l'implicita abrogazione da parte della riforma del diritto societario trasfusa nelle modifiche apportate in materia al codice civile.

Non di meno si ritiene utile evidenziare che la previsione del legislatore trova origine dalla sentenza del Giudice delle Leggi secondo cui «Se è previsto per legge che gli organi amministrativi abbiano una certa durata e che quindi la loro competenza sia temporalmente circoscritta, un'eventuale *prorogatio di fatto sine die* - demandando all'arbitrio di chi debba provvedere alla sostituzione di determinarne la durata pur prevista a termine dal Legislatore ordinario - violerebbe il principio della riserva di legge in materia di organizzazione amministrativa, nonché quelli dell'imparzialità e del buon andamento» (cfr. Corte Cost. Sent.n.208/92, paragrafo 4.6.).

Nel caso che ci occupa la decisione assunta dal socio si maggioranza è stata determinata dal processo di fusione il cui avvio è già stato deliberato dal Consiglio Comunale (senza che si possa al riguardo dedurre atteggiamenti arbitrari ovvero elusivi nella gestione della cosa pubblica) nonché dalle difficile conciliazione con le disposizioni di cui al D.L.n.95/2012 e D.Lgs.n.39/2013 per le quali, all'epoca delle decisioni, non sussistevano interpretazioni ufficiali da parte dell'organo in tal senso deputato (CIVIT).

La continuità della gestione in *prorogatio*, lungi dall'essere un elemento di ostacolo in tal senso, avrebbe costituito invece un elemento di auspicabile continuità nell'interesse del procedimento avviato secondo una logica effettivamente transitoria a tutela del principio di buon andamento.

Tenuto conto della situazione e del rilievo formale espresso dalle S.L. occorre pertanto che l'Assemblea dei soci proceda con le nomine avendo riguardo alla perentorietà della L.n.444/1994 ed al sistema sanzionatorio immanente alla stessa plasmato sul principio di nullità degli atti e dei provvedimenti. Per quanto attiene alla nullità degli atti, *medio tempore*, adottati si approfondiranno le relative problematiche con l'avvocatura comunale sulla scorta dell'attività di diritto pubblico ovvero privato posto in essere dalla spa in questione.

Contestualmente si sono pertanto approfonditi i termini della più volte -pubblicamente segnalata- incompatibilità tra le disposizioni di cui al D.Lgs.n.39 con l'art.4, commi 4-5, del D.L.95/2012.

Sulla problematica giova riferire l'interpretazione fornita da CIVIT con le recentissime delibere n.46/47/48 anno 2013 a cui il Sindaco potrà fare utile riferimento nell'ambito dell'Assemblea dei soci dando atto che i pareri in questione, pur non essendo giurisprudenzialmente dirimenti, si connotano per una particolare valenza giuridica ex art.16, comma n.3, del D.Lgs.n.39/2013.

In effetti, alla luce di tale espressa ripartizione del legislatore in ordine alle incompatibilità tra ente pubblico di riferimento ed ente di diritto privato partecipato, non si ravvedono problematiche tali da poter impedire la nomina presso il cda di ASET spa di dirigenti comunali (senza affidare deleghe operative e/o legale rappresentanza); ciò anche nel caso in cui i medesimi dirigenti svolgano poteri di controllo nei confronti della medesima società (per cui il D.Lgs.n.39 nulla dispone al riguardo). La *ratio* adottata dal legislatore, per tali particolari società contraddistinte dalla logica di relazione "*in house providing*", è quella di estendere la vigilanza in sede di cda secondo i principi che vedono tale società essere un vero e proprio organo dell'amministrazione di riferimento come ampiamente sottolineato dalle corti superiori nel corso dell'ultimo decennio.

Fermo quanto sopra, tenuto conto delle osservazioni prudenziali del Segretario Generale -dirigente titolare presso il Comune di Fano nella materia "anticorruzione"- è auspicabile, nel caso in cui siano individuati dirigenti del comitato di controllo, mantenere la dovuta alterità in modo da evitare qualunque tipo di rilievo. Tale evenienza costituisce pur sempre un'opportunità (auspicabile) ma non cogente. In tal caso è sufficiente, nelle more del riordino dell'ordinamento societario e del relativo controllo tramite l'adozione dei provvedimenti formalmente necessari, che il soggetto individuato non partecipi alle riunioni del citato comitato.

E' evidente che in virtù del principio di buon andamento sia consigliabile, almeno in parte, operare la scelta tra i componenti di detto comitato di controllo che sono gli unici ad aver maturato adeguata conoscenza delle problematiche di ASET spa/ASET Holding spa. In tal caso si potrà procedere anche alla variazione della composizione del medesimo organo di vigilanza non escludendo l'ipotesi della partecipazione nello stesso comitato di un funzionario direttivo indicato dai comuni soci di minoranza.

Analogamente non è da escludersi inoltre che, in tale contesto, possa essere presa in considerazione anche la possibilità che si nomini presso il cda un funzionario direttivo di altri comuni soci ma con l'assenso vincolante del Sindaco del Comune di riferimento.

In ordine all'individuazione dei soggetti "dipendenti pubblici" si segnala inoltre l'esigenza di privilegiare i soggetti titolari della dirigenza (nel caso del Comune di Fano) ovvero i funzionari con indennità direttiva (nel caso degli altri comuni soci privi di dirigenza) titolari di rappresentanza esterna.

Tale esigenza è legata ad una considerazione, prettamente giuridica, afferente la titolarità della rappresentanza legale dell'ente.

Infatti, pur considerando la tipicità del rapporto "*in house providing*", l'alterità formale in materia di rappresentanza legale richiede, ad avviso del sottoscritto, che i soggetti chiamati ad esprimere il potere di indirizzo e controllo presso i cda abbiano, nell'ente di appartenenza, la rappresentanza esterna dell'ente; a diverse conclusioni non si ritiene si possa pervenire eccedendo la nomina formale da parte dell'Assemblea in quanto la stessa risulta comunque composta dai Sindaci dei comuni partecipanti (il D.L.n.95/2012 prevede in materia la nomina di "*dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione*").

Si osserva inoltre che la legge parla genericamente di "dipendenti" in quanto è rivolta sia ad enti con dirigenza che ad enti privi di dirigenza.

Altra considerazione deve essere riposta nelle norme che disciplinano il trattamento economico nel pubblico impiego contrattualizzato.



Per quanto attiene la dirigenza l'art.20 del CCNL enti locali 22/02/2010 non prevede tale tipo di compenso.

Nulla vieterebbe, in ogni caso, di prevedere una somma, in incremento del FUA dirigenti, da ripartire in base a specifico accordo decentrato a favore del dirigente interessato a titolo di indennità di risultato stante il *quid pluris* richiesto comunque qualificabile in modo accessorio all'obbligazione lavorativa principale. Il contesto della spending review consiglia di non prevedere alcun tipo di compenso rimandando la valutazione dell'attività accessoria in questione nell'ambito di una maggiorazione dell'indennità di risultato ad invarianza del FUA di riferimento da concertare con l'OIV.

Si sconsiglia invece di procedere alla nomina, attingendo dal Comune di Fano, di funzionari di cat.D (ovvero di dipendenti di cat.inferiore) in quanto le funzioni di amministrazione e gestione presso un cda di una spa non sono assolutamente congruibili in relazione alle declaratorie contrattuali del CCNL dipendenti enti locali. Diversamente si rischia un contenzioso del lavoro le cui conseguenze potrebbero determinare un rilevante danno erariale stante la connotazione della relazione funzionale sottesa al rapporto di pubblico impiego e tenuto conto che l'eventuale riconoscimento di una somma, analogamente a quanto sopra indicato per i dirigenti, assolverebbe solo alla funzione di remunerare un risultato per un'attività accessoria il cui trattamento giuridico ed economico di base resta evidentemente difforme dal CCNL.

Nella costituzione del cda dovranno inoltre essere osservate le disposizioni sulla rappresentanza di genere di cui al D.Lgs.n.120/2011 e DPR n.251/2012.

Più problematica appare invece la possibilità di dare la necessaria continuità al governo societario, in questo delicato passaggio di fusione, tramite la conferma dell'attuale Presidente/A.D. in relazione all'art.7, comma n.2, lett.D) del D.Lgs.n.39/2013. Sulla questione si riferisce come CIVIT, con la deliberazione n.48/2013, abbia assunto in merito un'interpretazione favorevole. Sul punto il Sindaco vorrà operare con la prudenza ritenuta necessaria in materia tenuto conto della sanzione di nullità della relativa nomina disposta *contra legem*.

Sull'intera questione pendono anche gli esiti della legge di conversione del D.L.n.69/2013, meglio noto come "decreto del fare", con cui si sarebbero operate modifiche e congelamenti ad alcuni articoli del D.Lgs.n.39/2013 (si veda Sole24ore articolo del 8/08/2013 - cfr. atto Camera Deputati n.1248-B e Senato della Repubblica n.974 - testo approvato definitivamente il 9/08/2013 non ancora pubblicato).

Per tutto quanto sopra esposto si invita il Presidente del Collegio dei Revisori, titolare della gestione della società per l'ordinaria amministrazione in questa fase transitoria, a convocare l'Assemblea dei soci per la presa d'atto della decadenza del cda nonché per la nomina del nuovo cda nel rispetto del D.Lgs.n.39/2013 e del D.L.n.95/2012 concertando gli adempimenti con il Sindaco del Comune di Fano.

La società ASET spa vorrà inoltre interrompere dalla data odierna il pagamento delle indennità al relativo Presidente/AD nonché dalla data dell'ultimo cda il pagamento delle indennità agli altri membri del cda.

Distinti saluti.

IL DIRIGENTE
Dott. Pietro CELANI