

Società pubbliche

Consiglio di Stato, Sez. V, 6 settembre 2021, n. 6213 - Pres. Saltelli - Est. Grasso - Ambiente Energia Brianza S.p.a. c. Cst Centro Servizi Termici S.r.l., Comune di Seregno, A2a S.p.a., A2a energia S.p.a.

L'assenza di una specifica e puntuale disciplina delle operazioni straordinarie concluse da società a partecipazione pubblica non legittima l'inferenza che esse non presentino - o, meglio, non possano in concreto presentare, in relazione alle relative modalità programmatiche ed operative - caratteri peculiari che valgano a giustificarne la sottoposizione ad un regime normativo in parte differenziato. Dunque, la necessaria prevalenza della sostanza sulla forma implica che ogni operazione sul capitale che interessa una società a partecipazione pubblica totalitaria se, comunque, conduce all'ingresso di un socio formalmente privato deve essere preceduta "da una strumentale procedura selettiva tra i potenziali operatori economici interessati". La necessità di dar rilievo alla sostanza del fenomeno impone, dunque, l'estensione di quanto previsto dall'art. 17, comma 1, TUSP e ciò anche se l'allargamento della compagine associativa si realizza senza la vendita di partecipazioni sociali o la costituzione di nuova società ma con un aumento di capitale liberato tramite un conferimento in natura.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Il Consiglio di Stato (*omissis*)

Motivi della decisione

1.- Gli appelli, di cui occorre in via preliminare disporre la riunione in quanto proposti avverso la medesima sentenza (art. 96, comma 1 cod. proc. amm.), sono infondati e vanno respinti.

2.- In via preliminare va dichiarato ammissibile l'intervento *ad opponendum* dispiegato da B.E.A. S.p.A. Osserva il Collegio che, ai sensi dell'art. 97 cod. proc. amm., l'intervento nel giudizio di impugnazione è riservato a "chi vi ha interesse".

La norma va interpretata nel senso che, ai fini della valutazione della legittimazione all'intervento, occorra aversi riguardo alla posizione che avrebbe assunto la parte rispetto alla controversia di primo grado (Cons. Stato, sez. IV, 29 agosto 2019, n. 5985). Invero, l'intervento *ad opponendum* svolto in grado di appello avverso l'impugnazione diretta della sentenza che ha accolto il ricorso di primo grado - la cui finalità è, appunto, quella di contrastare le ragioni della parte ricorrente in appello - va correttamente qualificato come intervento *ad adiuvandum* degli originari ricorrenti, per il quale, come è noto, è richiesta la titolarità di una posizione giuridica dipendente rispetto a quella da questa dedotta in giudizio. Non essendo, dunque, sufficiente a supportare un siffatto intervento in giudizio la semplice titolarità di un interesse di fatto (susceptibile, invece, di fondare il mero intervento *ad opponendum* "proprio", quello cioè svolto a favore dell'Amministrazione resistente in primo grado) e laddove gli oppositori non siano titolari di una posizione giuridica in qualche modo dipendente da quella degli appellati è, quindi, da escludersi per essi la possibilità di intervenire in causa in via litisconsortile, proponendo una domanda che, di fatto, si configura come autonoma e parallela (e non addirittura contrassegnata da un potenziale conflitto con

gli originari ricorrenti, a quella proposta da questi ultimi, in quanto volta a tutelare una loro propria posizione giuridica attinta direttamente dai provvedimenti impugnati o da provvedimenti analoghi, che sarebbe stato onere della parte impugnare (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2015, n. 1; Cons. Stato, sez. III, 19 settembre 2018, n. 5459; Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2020, n. 4425; Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2016, n. 5268).

Orbene, contrariamente all'assunto delle parti appellanti, non risulta corretto ritenere che B.E.A. S.p.A. sarebbe stata tenuta ad impugnare direttamente la delibera censurata con il ricorso di primo grado.

Invero, a differenza dei ricorrenti di primo grado - legittimati alla impugnazione in ragione della allegata qualità di "operatori del settore", pregiudicati dalla sottrazione all'evidenza pubblica del potenziale accesso concorrenziale ad un settore di mercato - essa (che in nessun caso avrebbe potuto aspirare all'auspicato confronto competitivo) si assume pregiudicata dalla scelta per la contestata operazione societaria, in quanto idonea ad impedire la valutazione di ipotesi di riorganizzazione/agggregazione societaria alternative, da esperirsi anche a seguito di procedura ad evidenza pubblica che avrebbero consentito una migliore valorizzazione dei rilevanti asset pubblici in gioco.

Si tratta, con ciò, di un interesse di mero fatto rispetto ai termini della controversia, che avrebbe, come tale, legittimato l'intervento *ad adiuvandum* in prime cure e giustifica, perciò, l'intervento *ad opponendum* nella fase di appello.

3.- Per analogo ordine di ragioni, non sussistono dubbi in ordine alla ammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* di G.A. S.r.l., in quanto corrispondente ad un intervento *ad opponendum* in prime cure, ammesso in ragione del mero interesse di fatto alla demolizione del provvedimento impugnato.

4.- Con un primo ordine di motivi - che, in quanto proposti in guisa convergente, giustificano un esame unitario - le parti appellanti lamentano *error in procedendo* e *in iudicando*, avuto riguardo alla dedotta inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto proposto in forma collettiva.

Il ricorso era stato, invero, proposto congiuntamente da M.M.F., nella allegata qualità di consigliere regionale, e da due operatori economici, C.S.T. e D.C.B. S.r.l.: sicché - una volta rilevata ed accertata la carenza di legittimazione e di interesse del F. - il primo giudice avrebbe dovuto dichiarare l'integrale e complessiva inammissibilità del ricorso, senza poter implausibilmente valorizzare, in violazione dell'art. 40 cod. proc. amm., un non pertinente principio di conservazione degli atti giuridici. Avrebbe dovuto, in altri termini, prendere atto della eterogeneità delle posizioni dei tre soggetti ricorrenti e, di conseguenza, della impossibilità di ritenerli "unica parte processuale", dovendo il vaglio di ammissibilità del ricorso collettivo essere effettuato con unitario ed inscindibile riferimento a tutti i soggetti ricorrenti.

Per giunta - avuto riguardo al non derogabile ordine logico di esame delle questioni - l'accertamento dei presupposti e dei requisiti necessari per la stessa proposizione del ricorso in forma collettiva avrebbe dovuto essere esaminato, trattandosi di questione assolutamente preliminare perché attinente alla formalizzazione introduttiva della domanda, con priorità rispetto all'accertamento delle condizioni concrete dell'azione collettiva, in punto di interesse e legittimazione a ricorrere dei singoli coricorrenti: la validità del ricorso in quanto tale dovendo, cioè, precedere, sul piano formale, l'accertamento della ammissibilità delle domande dallo stesso veicolate.

Perciò, dichiarando la carenza di legittimazione del F. e procedendo, ciononostante, a valutare la sussistenza dei requisiti per la proposizione del ricorso collettivo con riferimento alle posizioni dei (soli) C.D. (come se il ricorso fosse stato proposto esclusivamente da tali soggetti), il TAR avrebbe invertito il normale (e necessario) ordine di scrutinio delle questioni liminari.

Né, sotto altro profilo - ed avuto riguardo al carattere eccezionale del ricorso collettivo, in quanto derogante alla regola generale per cui ogni domanda deve essere proposta dal singolo titolare della separata azione (cfr. art. 40 cod. proc. amm.) - la acclarata carenza dei presupposti avrebbe potuto essere sanata, invocando all'uopo, erroneamente, il canone conservativo.

4.1.- Il motivo non è fondato.

La giurisprudenza consolidata ammette il ricorso c.d. collettivo, ossia il ricorso presentato contestualmente da più soggetti, subordinandone l'ammissibilità alla ricorrenza della duplice condizione: a) della assenza di conflitto, anche solo potenziale, tra le posizioni dei vari ricorrenti; b) della omogeneità di tali posizioni, sia in relazione al *petitum* che alla *causa petendi*, sì che le domande proposte siano identiche nell'oggetto, gli atti impugnati abbiano, anche quando semplicemente connessi, lo stesso contenuto e vengano censurati per gli stessi motivi (Cons. Stato,

sez. II, 4 maggio 2020, n. 2839; Id., sez. III, 18 settembre 2019, n. 6215; Id., sez. III, 21 aprile 2017, n. 1866).

Il fondamento della regola è da rinvenire nel principio di economia processuale (Cons. Stato, sez. III, 16 agosto 2019, n. 5728), che trae alimento dal rilievo che le diverse domande, in quanto indirizzate avverso i medesimi provvedimenti, sono avvinte da uno stretto nesso di connessione oggettiva, che - legittimando la riunione a posteriori (cfr. art. 70 cod. proc. amm.) - giustifica per ciò l'incipitario cumulo soggettivo.

Proprio perché si tratta di principio non assoluto, esso cede a fronte della eterogeneità delle posizioni soggettive, che non consenta una obiettiva e certa perimetrazione del *thema decidendum* e dell'oggetto del giudizio, ovvero prospetti una potenziale situazione di incompatibilità delle formalizzate pretese.

Ne discende allora:

a) che, per un verso, gli evidenziati limiti di ammissibilità del ricorso collettivo sono, in realtà, limiti non formali del cumulo soggettivo volontario di domande sostanzialmente autonome, ancorché oggettivamente connesse;

b) che, perciò, sotto il profilo dell'*ordo questionum*, la priorità logica compete al vaglio di ammissibilità del cumulo in quanto tale, prima che delle condizioni delle (distinte ed autonome) azioni;

c) che, quindi, allorché il ricorso collettivo non risulti di per sé (cioè, di nuovo, in quanto cumulo di domande connesse, identiche e non conflittuali) inammissibile, l'eventuale ragione di inammissibilità della singola domanda (per difetto delle relative condizioni, sotto la specie dell'interesse o della legittimazione) non incide, in forza del principio conservativo per cui utile per inutile *non vitatur*, sulla autonomia delle altre.

Nel caso di specie, perciò, correttamente il primo giudice, pur avendo ritenuto inammissibile la posizione del F. per difetto di personale legittimazione, ha salvaguardato la domanda congiuntamente formalizzata dai coricorrenti.

5.- Con un secondo motivo di doglianza le parti appellanti lamentano violazione e falsa applicazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost., degli artt. 35 e 39 cod. proc. amm. e dell'art. 111 c.p.c., relativamente alla disattesa eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di legittimazione ed interesse ad agire.

5.1.- Il motivo non è fondato.

Non erra il primo giudice nel ritenere che la legittimazione a far valere in giudizio la violazione delle regole che presidiano allo sviluppo del principio di concorrenza debba essere riconosciuta, in termini non pregiudizialmente restrittivi, in capo a tutti gli operatori economici che, a qualunque titolo, si trovino ad operare nel settore di mercato interessato e che alleghino ragioni di pregiudizio, anche meramente potenziali purché non generiche ed indifferenziate, rinvenienti dalla prospettata alterazione del libero gioco della competizione economica.

Inoltre, il fatto che le imprese ricorrenti non avrebbero mai potuto acquistare una partecipazione in A. s.p.a. (non potendo, con ciò, dolersi dei termini e della modalità della complessa ed articolata operazione societaria in contestazione, sotto il profilo della specifica restrizione dei

meccanismi evidenziali di integrazione sociale) non toglie che - trattandosi comunque di operatori economici operanti, giusta le valorizzate risultanze camerali, nei rami della installazione, manutenzione e riparazione degli impianti idraulici, di riscaldamento e condizionamento dell'aria e del commercio di combustibili - non fossero privi di interesse a sollecitare il rispetto delle regole concorrenziali nel settore multiutility, avuto riguardo alle future gare per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, sulle quali l'operazione di integrazione societaria ben avrebbe potuto prospetticamente dispiegare potenziali effetti pregiudizievoli.

6.- Con un terzo ordine di motivi le appellanti lamentano, nel merito, violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 10 e 17 del D.Lgs. n. 175 del 2016, dell'art. 5 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 46 cod. proc. amm., in una a contraddittorietà intrinseca della motivazione ed omessa e/o erronea valutazione degli atti e dei documenti di causa.

Trattandosi, in tesi, di operazione straordinaria di matrice integralmente privatistica, come tale disciplinata esclusivamente dalle norme del diritto societario (ex art. 1, comma 3 D.Lgs. n. 175 del 2016), nella assenza sia di cessione delle partecipazioni sociali pubbliche di A. S.p.A. (art. 10 D.Lgs. n. 175 del 2016 cit.), sia di neocostituzione di una società mista, con selezione di un partner operativo privato (art. 17 D.Lgs. cit.), erroneamente la sentenza avrebbe valorizzato, con negare l'infungibilità negoziale della programmata scissione e fusione sociale e con il postulare vincoli operativi proconcorrenziali di matrice evidenziale, non pertinenti ed esorbitanti profili di ordine pubblicistico.

6.1.- Il motivo non è fondato.

Vale, anzitutto, chiarire, alla luce della narrativa in fatto che precede, i termini dell'operazione economica divisata, che ha realizzato una programmata aggregazione industriale tra A. S.p.A. e A.E.B. S.p.A., che è una società multiutility industriale a totale partecipazione pubblica, operante in diversi settori, tra i quali quelli della distribuzione e della vendita del gas, dell'energia elettrica e del calore, e che gestisce, per il tramite di società pubbliche dalla stessa controllate, servizi economici di interesse generale, secondo il modulo dell'affidamento diretto dell'*in house providing*, in favore dei Comuni soci ubicati in provincia di Monza e Brianza, tra i quali, con partecipazione sociale maggioritaria, il Comune di Seregno.

L'operazione si è realizzata mediante: a) il trasferimento da parte di A. S.p.A. dell'intero capitale sociale della controllata A.I. pubblica S.r.l. ad altra società controllata U. S.p.A.; b) la scissione parziale del ramo di azienda della distribuzione del gas da U. S.p.A. e il suo conferimento in A. S.p.A.; c) il conferimento in natura, da parte della A. S.p.A., dei punti di riconsegna della distribuzione del gas naturale, acquisiti dalla scissione parziale del ramo di azienda della U. S.p.A., nella sua controllata R.P. S.p.A.; d) la suddivisione, all'esito della riparametrazione del valore unitario delle azioni ordinarie, del capitale sociale di A. S.p.A. in due categorie di azioni, di cui quelle di "categoria A" da assegnare ai soci e quelle di "categoria B" da assegnare

al nuovo socio A. S.p.A.; e) la modificazione dell'entità soggettiva delle partecipazioni e dei relativi poteri di controllo, pari al 36,472% per il Comune di Seregno e al 33,517% per A. S.p.A.; f) la stipula di accordi parasociali ai fini della nomina dei componenti del consiglio di amministrazione (designati per la metà da A. S.p.A. e per la metà dal Comune di Seregno), dell'amministratore delegato (designato da A. S.p.A., previa consultazione con il Comune di Seregno), con sottoposizione di A. S.p.A. e delle società da questa controllate all'attività di direzione e di coordinamento di A. S.p.A.

Nell'assunto degli originari ricorrenti, valorizzato ed accolto dalla sentenza impugnata, l'intera operazione, nella sua articolata strutturazione, si sarebbe risolta nella "sostanziale" cessione delle partecipazioni sociali da parte dell'Amministrazione comunale, realizzata senza il previo (e necessario) esperimento di una procedura ad evidenza pubblica. Per contro, nella critica prospettiva delle parti appellanti, in assenza di formale cessione di quote sociali e di costituzione di un partenariato sociale con socio privato operatore, l'intera operazione avrebbe rivestito connotazione interamente privatistica, con correlativa ed insindacabile fungibilità negoziale della programmata fusione.

6.2.- Per dirimere la questione va osservato, in ordine al quadro normativo di riferimento, che il D.Lgs. n. 175 del 2016 (che ha approvato il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) non contiene una disciplina espressamente dedicata alle cc.dd. operazioni straordinarie.

Ciò si giustifica alla luce della previsione di cui all'art. 1, commi 1 e 3 del T.U., la quale chiarisce che la normativa introduce una regolamentazione di singole vicende organizzative delle società a partecipazione pubblica (es: la costituzione, l'acquisto di partecipazioni pubbliche), mentre per tutto quanto non espressamente convenuto deve farsi riferimento alla normativa societaria di diritto comune.

Il richiamo, quale regola residuale, alle fonti generali di diritto societario sintetizza, come è noto, un'opzione di politica legislativa confermativa della natura essenzialmente privatistica delle società a partecipazione pubblica e si pone quale architrave della regolamentazione di settore, nel senso che - alla luce di un fondamentale canone di proporzionalità (cfr. art. 18, comma 1, lett. a), L. 7 agosto 2015, n. 124) e di sussidiarietà (cfr. art. 1, comma 1 bis L. n. 241 del 1990) - l'applicazione della disciplina pubblicistica debba trovare volta a volta fondamento, a geometria variabile, in presenza di cogenti ragioni giustificative, normativamente codificate.

Si tratta, del resto, di principio ricognitivo di una concezione ampiamente radicata già nell'impianto del codice civile, in cui le società pubbliche sono sottoposte in tutto e per tutto alla normativa generale, con la sola eccezione della previsione dei diritti amministrativi speciali di cui all'art. 2449 c.c., norma considerata comunque incapace di interferire con la causa della società e ritenuta convincentemente neutra sotto il profilo della natura dell'ente.

6.2.1.- Ciononostante, l'assenza di una specifica e puntuale disciplina delle operazioni straordinarie concluse da società a partecipazione pubblica non legittima, tuttavia, l'inferenza che esse non presentino - o, meglio, non possano in concreto presentare, in relazione alle relative modalità programmatiche ed operative - caratteri peculiari che valgano a giustificarne la sottoposizione ad un regime normativo in parte differenziato.

In proposito, va anzitutto precisato che il D.Lgs. n. 175 del 2016 cit. contiene alcuni riferimenti espliciti alle operazioni concernenti rispettivamente la variazione del capitale sociale, la trasformazione, la fusione e la scissione.

Vale, in particolare, richiamare quanto stabilito: a) dall'art. 7, comma 7, lett. b), con riguardo all'atto deliberativo dell'amministrazione pubblica di procedere alla trasformazione della società partecipata; b) dall'art. 8, comma 1, con riguardo all'atto deliberativo che programmi l'acquisto, tramite aumento di capitale sociale o altre operazioni straordinarie, di partecipazioni in società già costituite; c) dall'art. 14, comma 5, con riguardo alle (limitate) possibilità di ricorrere ad operazioni straordinarie ai fini del ripianamento delle perdite del capitale sociale; d) dall'art. 20, commi 1, 2 e 5, con riguardo all'obbligo per le amministrazioni pubbliche di predisporre periodicamente un piano di razionalizzazione delle partecipazioni, da attuarsi anche tramite operazioni straordinarie, compresa la fusione (o la messa in liquidazione o la cessione). Si pone, pertanto, la necessità di coordinare la disciplina generale contenuta nel capo X, sezioni I, II e III, del codice civile con le disposizioni introdotte dal T.U. per le società pubbliche: ciò perché, per l'appunto, le norme dettate per regolamentare singoli aspetti delle società partecipate possono interferire con la disciplina generale del tipo sociale ed esprimere una specifica caratterizzazione del modello organizzativo.

6.2.2.- In tale prospettiva il carattere "singolare", nel senso chiarito, dei processi di ristrutturazione e riorganizzazione deliberati da società a partecipazione pubblica ed affidati alle multiformi tecniche delle operazioni societarie straordinarie può dipendere: a) dalla presenza di aspetti peculiari impressi al modello organizzativo dalla regolamentazione di settore; b) dal rilievo che assumono i principi eurocomuni in tema di intervento pubblico nell'economia o da contingenti esigenze di contrazione della spesa pubblica nazionale; c) dalla necessità di salvaguardare il principio di apertura concorrenziale del mercato; d) dal radicamento di un orientamento incline a preservare il controllo dell'amministrazione sulla gestione dei servizi pubblici sul presupposto della natura "comune" di taluni beni assoggettati ad un regime di accesso universale.

Le società partecipate possono essere, in particolare, interessate da operazioni straordinarie di ristrutturazione nelle forme della fusione e della scissione (eventualmente e tipicamente accompagnate da aumento del capitale sociale): ciò per ragioni volta a volta: a) produttive (soprattutto quando si persegue l'obiettivo di associare complessi produttivi per massimizzare le efficienze nel godimento dei fattori della produzione); b) tecnologiche (quando l'operazione consenta - ad esempio - l'acquisizione di uno specifico

bene immateriale o *know how*); c) commerciali (a fronte dell'obiettivo di perseguire - per esempio - le integrazioni tra singole fasi delle attività di produzione e commercializzazione); d) finanziarie (specie se la ristrutturazione è finalizzata all'attuazione di un piano di riequilibrio degli assetti societari); e) amministrative (là dove preordinate alla razionalizzazione dell'organigramma ed alla riduzione dei costi di gestione).

Il perseguimento di questi obiettivi di integrazione, razionalizzazione, valorizzazione o contingentamento delle risorse si coniuga, del resto, perfettamente con la spinta - da anni promossa dal legislatore - alla riduzione della spesa pubblica, anche attraverso la previsione di limiti all'assunzione ed al mantenimento di partecipazioni sociali.

In questa prospettiva deve, del resto, leggersi il disposto dell'art. 20, comma 1, T.U., secondo cui le amministrazioni pubbliche effettuano annualmente un'analisi dell'assetto complessivo delle società di cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo, ove ne ricorrano i presupposti, un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione. E l'art. 20, comma 5 illustra al contempo il contenuto dei piani di riassetto, precisando che gli stessi possono prevedere anche la dismissione o l'assegnazione in virtù di operazioni straordinarie delle partecipazioni societarie.

6.2.3.- Ciò precisato, la adozione della delibera di fusione e scissione di società partecipata non è, anzitutto e preliminarmente, sottoposta in quanto tale ai vincoli del procedimento aggravato contenuto invece per l'operazione di trasformazione ai sensi dell'art. 7, comma 7 T.U.

Peraltro - in ragione del fatto che le operazioni di fusione e scissione sono idonee a produrre modificazioni dell'assetto organizzativo non meno invasive e radicali rispetto alle operazioni di trasformazione - si deve ritenere che, almeno in talune fattispecie (e certamente, come non a caso è puntualmente avvenuto, nella vicenda in esame) la deliberazione di fusione e scissione di società partecipate debba senz'altro sottostare alle procedure decisionali predeterminate all'art. 7, comma 7, con riguardo alla preventiva approvazione dell'amministrazione partecipante ed alla congrua motivazione dell'atto deliberativo anche sulla convenienza economica e sulla sostenibilità finanziaria per il socio pubblico.

È, segnatamente, il caso: a) di operazioni di fusione e scissione che comportino anche l'effetto del mutamento del modello organizzativo (in questa eventualità dovendosi, infatti, coerentemente applicare in via concorrente le norme dedicate alla trasformazione della società); b) di operazioni di fusione e scissione che determinino, per la complessità dell'operazione di ristrutturazione concretamente congegnata, anche la costituzione di un nuovo ente (es. fusione tra due società in favore di società di nuova costituzione o scissione parziale in favore di società di nuova costituzione).

Invero, di là dalla disputa, di ordine essenzialmente dogmatico, sul corretto inquadramento di queste operazioni sul piano della fattispecie costitutivo-traslativa o di quella organizzativo-modificativa, non si può disconoscere che, in una chiave di lettura funzionale, attenta all'analisi degli interessi rilevanti, la fusione e la scissione rappresentino

vicende obiettivamente complesse, non riducibili *sic et simpliciter* al piano di mera costituzione di società.

Ciò detto, tanto l'operazione di fusione, quanto l'operazione di scissione possono essere (con le stesse caratteristiche e limiti che valgono per la trasformazione) eterogenee, quando l'operazione interessi anche enti diversi dalla società di capitali, od omogenee, quando interessino solamente società di capitali. Peraltro, in quest'ultimo caso, non è richiesto che tutte le società siano a partecipazione pubblica.

6.2.4.- In tutte le situazioni considerate, va, in ogni caso, tenuto per fermo che - se l'effetto dell'operazione è l'allargamento della compagine sociale a soci privati o la creazione di una società nella quale coesistano soci pubblici e privati - si dovrà tener conto dei vincoli stabiliti prettamente per le società c.d. miste.

Nei casi, in cui, in particolare, l'operazione risulti funzionale alla creazione di una società c.d. mista destinata a (realizzare e gestire un'opera ovvero) organizzare e gestire un servizio di interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato (art. 4, lett. c, T.U.), l'operazione dovrà essere progettata in modo tale che:

a) per un verso, l'individuazione del soggetto deputato a divenire socio privato della società derivante dalla fusione o scissione avvenga mediante meccanismi di selezione con esperimento di procedure aperte o, nei casi previsti dalla legge, di procedure competitive di negoziazione (arg. ex art. 7, comma 5);

b) per altro verso, la quota di partecipazione da assegnare al socio privato non sia inferiore al trenta per cento (arg. ex art. 17, comma 1).

Quando, per contro, la società derivante dalla operazione straordinaria fosse destinata ad operare in house in favore di una o più amministrazioni, il progetto di fusione o scissione dovrà obbligatoriamente programmare, tra l'altro, l'introduzione di limiti stringenti entro i quali ammettere la partecipazione del socio privato, atteso che quest'ultima, ancorché prevista dalla legge, deve avere uno spessore del tutto marginale, nel senso di non comportare un controllo o un potere di veto, né l'esercizio di un'influenza dominante sulla società (arg. ex art. 16, comma 1).

6.2.5.- Una ipotesi ricorrente in cui sussiste un tipico interesse ad una fusione o scissione di società partecipata è quello che coinvolge, come nella specie, società locali cc. dd. multiservizi (multiutility), sovente partecipate da un ente pubblico locale e destinate allo svolgimento tanto di servizi pubblici locali quanto di servizi c.d. strumentali.

In effetti, in presenza di vincoli di esclusività previsti dalla normativa nazionale (cfr. art. 16 T.U.), l'amministrazione pubblica (che partecipa e controlla la società) può ragionevolmente decidere la scissione parziale, con l'effetto di realizzare una netta separazione nella gestione delle aree operative.

Né va escluso che una società partecipata progetti la fusione con una società privata: scopo della fusione essendo, in tale circostanza, quello di creare una società a partecipazione mista pubblico-privata per le finalità di (realizzare e gestire un'opera ovvero) organizzare e gestire

un servizio di interesse economico generale in regime di partenariato (arg. ex art. 4, comma 2 lett. c).

In questo caso, di nuovo, al fine di dare corretta attuazione al disposto dell'art. 17 T.U., il progetto di fusione deve esattamente indicare la società privata selezionata attraverso una procedura di evidenza pubblica - precisando, peraltro, i compiti operativi del socio privato - e pre-determinare il rapporto di cambio in modo che al socio privato venga assegnata una quota di partecipazione non inferiore al 30% del nuovo capitale sociale della società derivante dalla fusione.

6.3.- È alla luce delle riassunte coordinate che va esaminata la vicenda in contestazione.

Risulta allora, in principio, corretta l'impostazione adottata dal primo giudice, che ha giustamente ricusato l'argomento formalistico per cui, non essendo espressamente qualificata l'operazione né come costituzione di società, né come acquisto di partecipazioni in società pubbliche da parte di pubbliche amministrazioni, ad essa si sarebbero dovute applicare esclusivamente la disciplina normativa sulle società contenuta nel codice civile e le norme generali di diritto privato.

In concreto, la sentenza appellata - sulla premessa che, in virtù della contestata operazione, la partecipazione azionaria del Comune di Seregno al capitale di A. S.p.A. sarebbe passata dal 54,859% al 36,472%, quale frutto del trasferimento del ramo di azienda di una società del G.A. alla stessa A. S.p.A., compensata con il corrispettivo di una partecipazione al capitale sociale - ha ritenuto che, pur in assenza di una vera e propria "cessione di partecipazioni a fronte di una somma di denaro", era stato comunque programmato "il corrispettivo per il bene conferito in natura", il quale avrebbe determinato, con l'aumento del capitale sociale, la sua suddivisione in diverse categorie di azioni e la rideterminazione del valore delle stesse in base ad un valore di cambio.

Ne ha tratto, perciò, il corollario che - essendo ratio dell'assoggettamento alla regola evidenziale quella di ritrarre dalla competizione la massima valorizzazione economica delle azioni cedute - la stessa ricorresse anche nell'ipotesi, ricorrente nella specie, di "attribuzione della partecipazione societaria mediante conferimenti". Ciò in quanto, in concreto, l'attribuzione della partecipazione societaria, a fronte del conferimento del ramo di azienda, avrebbe di fatto consentito l'ingresso in A. S.p.A. (società operante in regime di in house) di un socio industriale di natura mista e, dunque, di privati investitori, con conseguente mutamento soggettivo delle partecipazioni e dei poteri di gestione ad esse correlati.

In definitiva, proprio la programmata modificazione delle partecipazioni all'interno di A. S.p.A., secondo il modello della società mista, avrebbe strutturato un modello di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, mediante il quale sarebbe stato possibile affidare o, nel caso di specie, mantenere l'affidamento di servizi di interesse economico generale in via diretta: sicché, nel rispetto dei principi di concorrenza e di par condicio, la scelta del partner industriale, in grado di esercitare un controllo di fatto sul gestore del servizio, avrebbe dovuto avvenire in forma competitiva, in applicazione della

regola espressamente codificata all'art. 17 del TU n. 175 cit., senza che, in diverso senso, potessero valere sia le clausole contenute negli accordi quadro e nei patti parasociali allegati alla deliberazione impugnata (che la normativa in questione non indica, in effetti, quali possibile ragioni di deroga alla regola dell'evidenza pubblica), sia l'assunto della pretesa infungibilità dell'operazione (che, proprio in quanto eccezione alla regola dell'evidenza pubblica, avrebbe dovuto, a tutto concedere, essere valutata con particolare rigore ed all'esito di una puntuale indagine di mercato, idonea a dimostrare che l'unica possibilità di sviluppo e di incremento di competitività per la A. S.p.A. fosse l'integrazione industriale con la A. S.p.A., in ragione delle peculiari caratteristiche di questa, non replicabili sul mercato di riferimento).

6.4.- La conclusione va condivisa.

Essa discende, infatti, coerentemente dalle esposte premesse, le quali, in definitiva, militano nel senso che, riguardate dal punto di vista degli obblighi strumentali di evidenza pubblica, le operazioni straordinarie che, a vario titolo e in varia forma, coinvolgono società

pubbliche, sono di per sé neutre: di tal che - sull'assunto che il principio concorrenziale opera, di suo, nella prospettiva funzionale dell'effetto utile e che il correlativo apparato precettivo va considerato di natura materiale e non formale - l'assoggettamento al regime interamente privatistico (ex art. 1, comma 3 TU) o l'intersezione segmentale con la disciplina pubblicistica evidenziale dipende, in concreto, dall'accertamento degli effetti sostanziali perseguiti e divisati.

Effetti che, nella specie, realizzando una diluizione della partecipazione pubblica totalitaria in favore di una *partnership* istituzionale con un soggetto privato, sono, in definitiva, tali da sollecitare l'obbligo di attivare una strumentale procedura selettiva tra i potenziali operatori economici dei settori interessati.

7.- Le considerazioni che precedono, che assorbono ogni altro rilievo, confermano la complessiva infondatezza degli appelli.

La particolare complessità, e la relativa novità delle questioni esaminate, giustifica l'integrale compensazione, tra le parti costituite, delle spese e delle competenze di lite.

Fusione e scissione di società partecipate: le indicazioni "ultra petita" del Consiglio di Stato di Vincenzo Donativi (*)

La pronuncia del Consiglio di Stato tenta di colmare la lacuna, contenuta nel Testo unico partecipate, relativa alla disciplina delle operazioni straordinarie (nella specie, fusione e scissione) delle società partecipate. Tale passaggio logico non si appalesa, tuttavia, necessario al fine della soluzione del caso concreto che pare, piuttosto, configurarsi alla stregua di una cessione di partecipazioni da una società *in house* a un'altra società (mista e quotata). Il commento si sofferma, dunque, sui profili più strettamente privatistici dell'itinerario argomentativo seguito dal giudice amministrativo, affrontandoli con qualche notazione critica.

Le operazioni straordinarie delle società pubbliche: la lacuna

Il fondamento della pronuncia oggetto di annotazione pare rinvenirsi nella seguente affermazione: la diluizione della partecipazione pubblica totalitaria con ingresso di un socio privato, quale che sia lo strumento tecnico-giuridico attraverso il quale ciò si determini, può legittimamente ammettersi solo a condizione che venga attivata "una strumentale procedura selettiva tra i potenziali operatori economici dei settori interessati". Il senso del ragionamento è chiaro: l'ente pubblico socio,

quand'anche avesse optato per la veste societaria, non sarebbe comunque libero di decidere discrezionalmente di avviare operazioni straordinarie nelle quali fossero coinvolti, a diverso titolo, *altri* enti, specialmente se privati, poiché resterebbe soggetto in ogni caso all'obbligo di scegliere il proprio *partner* secondo (le regole del)l'evidenza pubblica.

Nell'*incipit* della parte motiva della pronuncia si fa notare, in particolare, come il Testo unico partecipate non contenga una disciplina espressamente dedicata alle operazioni straordinarie (1).

(*) Questa (breve) nota di commento alla sentenza del Cons. Stato n. 6213/2021 anticipa un'altra più ampiamente argomentata che verrà redatta con Davide De Filippis e pubblicata sulla Rivista *Giurisprudenza commerciale*.

(1) Ciò non significa che il Testo Unico partecipate non si occupi, sia pure indirettamente, delle operazioni straordinarie delle società pubbliche. Nella sentenza si citano, infatti, i seguenti articoli del Testo Unico: art. 7, comma 7, lett. b); art. 8, comma 1; art. 14, comma 5, e art. 20, commi 1, 2 e 5.

Cionondimeno, la lacuna sarebbe superabile mediante l'applicazione di regole e principi di carattere più generale, cui le stesse operazioni straordinarie non potrebbero reputarsi sottratte.

In questa prospettiva, le enunciazioni contenute nella sentenza possono essere collocate su due piani distinti:

(i) quello autorizzativo: le operazioni di fusione e scissione, specialmente quando comportanti "l'effetto del mutamento del modello organizzativo" o quando, "per la complessità dell'operazione di ristrutturazione concretamente congegnata", si determini "la costituzione di un nuovo ente", dovrebbero, in via interpretativa, considerarsi assoggettate alle speciali (e più stringenti) regole procedurali contemplate dall'art. 7, comma 7, TUSPP;

(ii) quello della selezione del socio privato: se la società così risultante implichi l'allargamento della compagine sociale anche a soci privati o, comunque, nella nuova società coesistano soci pubblici e privati, da ciò deriverebbe l'applicazione delle previsioni relative, partitamente, alla scelta del socio privato tramite meccanismi di selezione di carattere competitivo e alla percentuale di partecipazione al capitale sociale a questi attribuibile.

Il ragionamento del Consiglio di Stato: il piano autorizzativo

Con riguardo al primo profilo (pubblicistico/autorizzativo), il Consiglio di Stato sembra superare il dato testuale dell'art. 7, comma 7, TUSPP, il quale estende le disposizioni sulla adozione della delibera di costituzione della società pubblica e sugli oneri motivazionali esclusivamente alla trasformazione di società e, dunque, senza una menzione esplicita di operazioni straordinarie diverse, come la fusione e la scissione, nelle loro multiformi articolazioni.

Il tentativo di valicare il tenore letterale della disposizione viene compiuto, essenzialmente, sulla base della convinzione che le operazioni straordinarie in discorso provocherebbero "modificazioni dell'assetto organizzativo non meno invasive e radicali dell'operazione di trasformazione", comportando, in alcuni casi, anche la costituzione di un nuovo ente.

A stretto rigore, tuttavia, occorrerebbe allora distinguere diverse sub-fattispecie.

La prima sarebbe quella in cui la fusione e la scissione fossero tali da produrre il mutamento del modello organizzativo, comportando, nel contempo, anche un mutamento del tipo societario e, dunque, una vera e propria trasformazione: nel qual caso sarebbe difficilmente revocabile in dubbio che l'art. 7 TUSPP possa e debba trovare applicazione in via diretta, anche senza necessità di invocare letture di ordine funzionale e di portata "correttiva" rispetto al tenore normativo.

Una seconda ipotesi sarebbe quella in cui si pervenga alla costituzione di un nuovo ente societario, come nel caso di fusione "propria" con costituzione di una nuova società o di scissione mediante costituzione di una nuova società. Qui la riconducibilità alla disciplina procedurale speciale dovrebbe avvenire mediante invocazione estensiva delle previsioni relative alla costituzione, appunto, di nuove società. Il ragionamento sarebbe tuttavia più complesso, essendo note le discussioni che dividono la dottrina sulla natura giuridica della vicenda sottostante, dove ci si divide tra ricostruzioni (forse un tempo più diffuse) in termini di fenomeno estintivo/successorio e propriamente costitutivo e concezioni (oggi prevalenti) di tipo, invece, evolutivo/modificativo.

Accendendo a tale seconda prospettazione, invero, potrebbe non esservi spazio per un'applicazione estensiva dell'art. 7 TUSPP, nel quale l'equiparazione al caso della costituzione di una nuova società non è genericamente riferita a qualsiasi modificazione statutaria, ma (oltre alla trasformazione) alle sole modificazioni significative dell'oggetto sociale, al trasferimento della sede legale all'estero e alla revoca dello stato di liquidazione (art. 7, comma 7). Il Consiglio di Stato parrebbe, tuttavia, superare tale ostacolo mediante invocazione della necessità di una interpretazione di tipo "funzionale", orientata alla sostanza più che al dato formale.

Ipotesi ancora diversa, poi, sarebbe quella occorsa nel caso di specie, dove l'aggregazione societaria che ha originato il contenzioso ha consentito, all'esito di una serie di operazioni, di far acquisire a una società mista e quotata una partecipazione che, da quanto si apprende (più chiaramente) dalla bozza di patto parasociale, sarebbe sostanzialmente di controllo su un'altra società (inizialmente) *in house providing* (2).

(2) In particolare, dalla bozza di patto parasociale tra l'ente locale che, prima dell'"aggregazione societaria", controllava la società e la società mista e quotata che, all'esito della stessa operazione, avrebbe posseduto il 33,517% del capitale sociale, disponibile in

rete, si ricava un dato interessante: la società e le sue controllate sarebbero state, infatti, sottoposte all'attività di direzione e coordinamento della società nuova entrante.

Per cogliere a fondo la portata della pronuncia, anche sul piano delle ricadute su prassi e orientamenti futuri, occorrerebbe allora comprendere in quali termini esattamente, nella considerazione del Consiglio di Stato, il passaggio dalla società *in house* alla società a partecipazione mista pubblico-privata e viceversa sia stato valutato come rilevante, ovverosia su quale piano abbia operato la soggezione a un determinato regime normativo in via di estensione: se sotto il profilo di una rilettura (ma allora difficilmente giustificabile sul piano del possibile fondamento concettuale e sistematico, oltre che, naturalmente, esegetico) del concetto di trasformazione fino a comprendere anche ipotesi di mutamento del modello organizzativo differenti dal cambiamento del “tipo” societario; o se sotto la diversa angolazione della costituzione di un nuovo ente societario, se non in termini stretti e formali, in un senso allargato all’avvio di un ente che, per quanto non di nuova costituzione, assuma tuttavia una nuova conformazione sul piano del rapporto pubblicistico con la pubblica amministrazione che si pone a fondamento di un determinato regime di affidamenti.

Segue. La selezione del socio privato

Passando a esaminare proprio da quest’ultimo punto di vista la vicenda, il Consiglio di Stato mette, prima di tutto, a punto l’ambito applicativo: la ricostruzione proposta sembra difatti valere per le operazioni in cui la società risultante dalla fusione o dalla scissione sia finalizzata allo svolgimento delle attività contemplate dall’art. 4, comma 2, lett. c), Testo unico partecipate (“realizzare e gestire un’opera ovvero organizzare e gestire un servizio di interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato”). Se si guarda al contenuto della norma, la stessa prosegue rinviando per le modalità di selezione dell’imprenditore (privato) al successivo art. 17, commi 1 e 2. Norma, quest’ultima, non richiamata nel testo della sentenza. Si tratta, tuttavia, di un’omissione che non pare decisiva, potendosi addebitare (semplicemente) a ragioni di sintesi.

Si è già avuta occasione di riflettere sulla portata della nozione di società a partecipazione mista pubblico-privata contemplata dal precetto da ultimo citato (3). La conclusione alla quale si è pervenuti è nel senso di ritenere che l’art. 17 debba circoscriversi a quelle (sole) specifiche società a partecipazione mista che

siano affidatarie di appalti o concessioni in esito a una procedura di evidenza pubblica celebrata con i crismi della c.d. gara a doppio oggetto, ovvero tramite la quale sia stato nel contempo assegnato il contratto (di appalto o di concessione) che poi segna l’oggetto sociale (per di più esclusivo) della società e individuato il soggetto privato cui sarà riservata la sottoscrizione o l’acquisto della quota di partecipazione messa a gara e che sarà chiamato a svolgere uno specifico ruolo operativo all’interno della società medesima.

Se si conviene che sia proprio questa la prospettiva prescelta (= la società risultante dalla fusione e dalla scissione è quella mista che coincide con quella dell’art. 17 TUSPP), non è agevole spiegare le condizioni cui vengono subordinate le due operazioni straordinarie. Nello specifico, secondo il Giudice, per la selezione del soggetto deputato a divenire socio, opererebbe l’art. 7, comma 5, TUSPP e, quindi, “con esperimento di procedure aperte o, nei previsti dalla legge, di procedure competitive di negoziazione”, nonché il limite della quota di partecipazione da assegnare al socio privato da ravvisare nella misura non inferiore al trenta per cento del capitale sociale.

Ciò che non convince è la ragione per la quale si consideri applicabile l’art. 7, comma 5, e non già la (sola e più stringente) regola dell’evidenza pubblica connotata, per la costituzione della società mista, dal c.d. doppio oggetto. Del resto, sotto questo aspetto, si deve considerare che nella stessa pronuncia, quasi contraddicendo quanto detto poco prima, si afferma che “al fine di dare corretta attuazione al disposto dell’art. 17 T.U., il progetto di fusione deve esattamente indicare la società privata selezionata attraverso una procedura di evidenza pubblica - precisando, peraltro, i compiti operativi del socio privato - e predeterminare il rapporto di cambio in modo che al socio privato venga assegnata una quota di partecipazione non inferiore al 30% del nuovo capitale sociale della società derivante dalla fusione”.

La vicenda concreta e la regola applicabile

Quelle appena esaminate paiono essere, per il Supremo Consesso amministrativo, le coordinate entro le quali inquadrare i fatti di causa: l’impressione è che si siano volute costruire le basi per trarre le necessarie conseguenze interpretative/applicative

(3) Il riferimento è a V. Donativi, *Le società miste*, in C. Ibba (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, Milano, 2019, 249 ss.

con riguardo alla fattispecie concreta. Uno sforzo apprezzabile ma, probabilmente, non necessario. Per convincersi di questo è, però, essenziale fare un passo indietro e guardare alla pronuncia di primo grado. In quella sede, il Tar meneghino (4) aveva risolto la fattispecie alla luce di un principio intuitivo (e, fondamentalmente, corretto) che prende atto degli accadimenti fattuali che hanno originato il contenzioso. Nella specie, si è detto che l'operazione che ha visto coinvolti l'ente locale socio di maggioranza della società *in house providing* e la società mista e quotata è consistita in un'articolata serie di passaggi: a fronte della scissione di un ramo d'azienda di una controllata della società mista in favore della società domestica, la prima ha ottenuto un certo ammontare di una categoria (all'uopo creata) delle azioni della società affidataria in via diretta. Si è trattato, a ben vedere e come, peraltro, chiaramente evidenziato nella sentenza oggetto di impugnazione, di una cessione di azioni a fronte del pagamento di un prezzo (il conferimento in natura).

In un caso come quello che ci occupa (cessione della partecipazione a un socio - quasi - privato), sempre seguendo l'itinerario argomentativo della prima sentenza, inevitabile è il ricorso alla gara pubblica c.d. a doppio oggetto perché la modificazione dell'azionariato della società (inizialmente) domestica potrebbe aver luogo solo a patto di rispettare il confronto concorrenziale garantito, per l'appunto, dalla scelta del socio operativo o industriale secondo le regole prescritte dal TUSPP (partitamente, dall'art. 17). Vero è che la conclusione cui si perviene è, sostanzialmente, la medesima per il giudice di primo grado e per quello d'appello, tenendo presente quanto si è detto a proposito del piano privatistico del ragionamento del Consiglio di Stato (5). Il punto è che il principio affermato per essere ricavato non necessitava, probabilmente, di passare, a livello logico, dal confronto con la disciplina - costruita, peraltro, interpretativamente - delle operazioni straordinarie delle società partecipate.

Fusioni, scissioni societarie che determinano la costituzione di un PPPI attraverso una modificazione del profilo soggettivo di società affidatarie di servizi di interesse economico generale

di Andrea Maltoni

Nell'affrontare la questione se alcune operazioni straordinarie, per quanto non espressamente menzionate dalle disposizioni del T.U.S.P.P., fossero da considerare comprese tra quelle che debbono essere precedute dall'adozione di atti "prodromici" da parte delle P.A. socie, i giudici del Consiglio di Stato, in base ad un criterio di carattere funzionale, sono pervenuti alla conclusione che la disciplina di cui all'art. 7, comma 7, T.U.S.P.P., in ragione del riferimento ivi contenuto alle operazioni di trasformazione di società, risulta applicabile alle operazioni di fusione e a quelle di scissione societarie. Tuttavia, occorre riconoscere che, nel caso di specie, l'applicazione di regole evidenziali era imposta in ragione non tanto di una presunta non infungibilità delle programmate operazioni societarie, quanto del fatto che dette operazioni risultavano finalizzate alla costituzione di un partenariato pubblico privato istituzionalizzato.

L'applicazione delle disposizioni contenute nel T.U.S.P.P. alle manifestazioni di volontà delle P.A. socie

Nel commentare la sentenza in epigrafe, sembra doversi preliminarmente osservare che i giudici amministrativi soltanto apparentemente erano chiamati a verificare se a determinate operazioni

societarie straordinarie dovesse applicarsi la normativa di cui al D.Lgs. n. 175/2016 ovvero quella civilistica in tema di società di capitali. Per quanto possa indurre ad accogliere un approccio di tal fatta la previsione di cui all'art. 1, comma 3, D.Lgs. n. 175/2016 (T.U.S.P.P.) - a norma del quale "per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente

(4) Cfr. T.A.R. Milano 15 febbraio 2021, n. 412, in *DeJure*.

(5) Né - e su questo concordano, ancora, i due giudici - a evitare il confronto competitivo per la scelta del socio privato basterebbero patti parasociali o clausole modulate sulla base del precetto di cui

all'art. 17 del Testo Unico partecipate, dacché tali strumenti non vengono indicati dalla normativa di riferimento quali "ragioni di deroga alla regola dell'evidenza pubblica".

decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato” - occorre rilevare come, nel caso di specie, la questione da approfondire dovesse, innanzitutto, individuarsi nell'esatta delimitazione del campo di applicazione della citata normativa di carattere speciale, che è riferibile soltanto per alcuni profili alle società a partecipazione pubblica, essendo principalmente rivolta a disciplinare le manifestazioni di volontà dei soci che risultano ascrivibili alla categoria delle amministrazioni pubbliche.

Nella prospettiva indicata, correttamente i giudici del Consiglio di Stato hanno rilevato come fosse necessario valutare se alcune operazioni straordinarie, per quanto non espressamente menzionate dalle disposizioni del testo unico, risultassero comunque comprese tra quelle che debbono essere precedute dall'adozione di atti “prodromici” da parte delle amministrazioni pubbliche socie (1).

Gli atti deliberativi “prodromici” - come si è avuto occasione di rilevare in un altro scritto (2) - sono atti la cui rilevanza esterna appare connessa alla formalizzazione, da parte della legge, del processo decisionale attraverso cui i medesimi atti sono adottati o, se si preferisce, alla giuridicizzazione del procedimento di formazione della volontà delle p.a. socie. Inoltre, come appare desumibile dalle disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 175/2016 (T.U.S.P.P.), che impongono un obbligo rafforzato di motivazione, il regime amministrativo di tali atti deliberativi, sostanzialmente equiparati ai provvedimenti, trova fondamento nell'esigenza di rendere trasparenti e sindacabili in sede giurisdizionale le ragioni e le finalità che presiedono alla decisione di un'amministrazione pubblica di partecipare alla costituzione di società o di acquisire o alienare una partecipazione nella stessa ovvero di assumere in ambito societario determinare deliberazioni - tra cui anche operazioni straordinarie - di particolare rilevanza per la società.

La formalizzazione delle deliberazioni delle P.A. riguardanti operazioni di fusione e di scissione societaria

Nella sentenza in commento l'esame condotto dai giudici di Palazzo Spada appare incentrato sul fatto se, tenuto conto che all'art. 7, comma 7, D.Lgs. n. 175/2016 è contenuto un riferimento espresso alle manifestazioni di volontà delle amministrazioni socie destinate a riverberarsi, sul piano societario, nell'approvazione di operazioni di trasformazione della società, debbano essere comprese nel campo di applicazione di quest'ultima disposizione anche le operazioni di fusione e quelle di scissione societarie (3). La questione affrontata sul piano interpretativo concerneva dunque non il fatto se a determinate operazioni straordinarie riguardanti società a partecipazione pubblica trovassero l'applicazione le disposizioni civilistiche, bensì la possibilità o meno di ricondurre al richiamato fenomeno di giuridicizzazione del potere deliberativo delle P.A. socie anche le manifestazioni di volontà riguardanti tali operazioni societarie, sebbene non risultassero espressamente richiamate dalla disciplina positiva. La soluzione interpretativa accolta dai giudici del Consiglio di Stato appare incentrata su un criterio di carattere funzionale, essendo stato rilevato dai medesimi che, allorquando le operazioni di fusione e di scissione comportano un mutamento del modello organizzativo, alle stesse non possono non trovare applicazione “in via concorrente le norme dedicate alla trasformazione della società”. Inoltre, osservano gli stessi giudici, in alcuni casi le operazioni di fusione e di scissione portano alla costituzione di un nuovo ente societario.

Secondo questo primo ordine di considerazioni i giudici di Palazzo Spada sono pervenuti alla conclusione che le decisioni delle amministrazioni pubbliche socie di deliberare, sul piano societario, determinate operazioni di fusione o di scissione debbono tradursi nell'adozione di atti amministrativi prodromici, in ragione del fatto che all'art. 7, comma 7, lett. b), T.U.S.P.P. viene espressamente stabilito che questi ultimi sono emanati ogni qual volta si decida di provvedere ad una trasformazione societaria.

(1) Sulla enucleazione in sede giurisprudenziale di detta categoria di atti “prodromici”, si v.; Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10, nonché Cons. Stato, Ad. Plen., 5 maggio 2014, n. 13, in www.giustizia-amministrativa.it, e Cass. Civ., SS.UU., 23 ottobre 2014, n. 22554.

(2) Sia consentito in tema di rinviare ad A. Maltoni, *Il regime giuridico degli atti deliberativi “prodromici” delle P.A. nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Munus*, 3, 2018, spec. 943 s.

(3) Questione, quest'ultima, che era stata rilevata anche in sede dottrinale, si v. M. Pasquini, *Art. 7. Costituzione di società*

a partecipazione pubblica, in *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, a cura di G. Meo - A. Nuzzo, Bari, 2016, 116-117, che tuttavia aveva ritenuto possibile ascrivere alle ipotesi di trasformazione delle società a partecipazione pubblica, ai fini dell'applicazione del regime autorizzativo degli atti deliberativi delle amministrazioni socie, soltanto le operazioni di fusione e di scissione eterogenea, ossia tra tipi societari differenti e all'esito delle quali si determina un mutamento del tipo societario della società a partecipazione pubblica. La stessa A. rilevava come non risulti invece chiaro se al medesimo regime possano ricondursi anche le altre ipotesi di fusione o scissione.

L'applicazione di regole evidenziali per la scelta del socio privato: la "circolazione degli affidamenti"

In base ad un secondo ordine di considerazioni, i medesimi giudici hanno ritenuto che al caso di specie avrebbero dovuto trovare applicazione regole evidenziali. Più precisamente, è stato osservato come, dal momento che la programmata modificazione delle partecipazioni all'interno di A.E.B. S.p.a., attraverso il progetto di fusione con una società privata, aveva come scopo quello di addivenire alla costituzione di un partenariato pubblico privato istituzionalizzato, la scelta dei soci privati dovesse avvenire, ai sensi dell'art. 7, comma 5, D.Lgs. n. 175/2016 - che richiama l'art. 5, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016 - con procedure di evidenza pubblica.

In altri termini, rilevano i giudici del Consiglio di Stato, si sarebbe dovuto dimostrare che l'operazione, sul piano societario, risultava infungibile al fine di giustificare la non applicazione di regole evidenziali nella scelta del partner privato, infungibilità da accertarsi sulla base di "una puntuale indagine di mercato idonea a dimostrare che l'unica possibilità di sviluppo e di incremento di competitività per la A. E.B. S.p.A. fosse l'integrazione industriale con la A2A S.p.A., in ragione delle peculiari caratteristiche di questa, non replicabili sul mercato di riferimento". In realtà, non sembra che quest'ultima sia l'unica (e la più corretta) prospettiva entro cui inquadrare le operazioni societarie attraverso cui addivenire alla costituzione di un partenariato pubblico privato istituzionalizzato, soprattutto se si tiene conto che, come è stato rilevato nella sentenza in commento, tale partenariato costituiva l'esito di una "aggregazione industriale tra A2A S.p.A. e Ambiente Energia Brianza S.p.A., che è una società multiutility industriale a totale partecipazione pubblica, operante in diversi settori, tra i quali quelli della distribuzione e della vendita del gas, dell'energia elettrica e del calore, e che gestisce, per il tramite di società pubbliche dalla stessa controllate, servizi economici di interesse generale, secondo il modulo dell'affidamento diretto dell'*in house providing*, in favore dei Comuni soci ubicati in provincia di Monza e Brianza". In altri termini, si sarebbe dovuto tener adeguatamente conto del fatto che, nel caso di specie, come peraltro denunciato dai ricorrenti in primo grado, con la programmata aggregazione industriale si intendeva realizzare la trasformazione di "AEB da

società pubblica a società privata con successivo passaggio al privato e al controllo di un solo privato (A2A) della gestione dei servizi pubblici affidati senza gara".

Vi è, in definitiva, un terzo ordine di considerazioni che avrebbe potuto (o meglio dovuto) indurre a ritenere che se le operazioni straordinarie di scissione, fusione determinano l'apertura del capitale sociale di una società interamente pubblica ad operatori economici privati (nel cui novero è certamente ascrivibile la società quotata in borsa A2A), i medesimi debbono essere selezionati mediante una gara a doppio oggetto, in quanto attraverso detta apertura si realizza un sub-affidamento, a favore di tali operatori privati, della gestione di servizi di interesse economico generale, che avevano costituito oggetto di affidamento diretto a favore di tali società.

Deve in particolare segnalarsi come i giudici del Consiglio di Stato abbiano da tempo evidenziato che, qualora il socio privato "non sia un mero finanziatore, ma presenti le caratteristiche di un socio 'operativo' o 'industriale', ... è indubbio che, attraverso la sua partecipazione al capitale sociale, si realizzi anche un parallelo fenomeno di circolazione dell'affidamento". Pertanto, "ogniquale volta - attraverso il ricorso ad operazioni di carattere straordinario destinate a mutare la compagine di una società che abbia ottenuto l'affidamento diretto o tramite gara di un servizio pubblico - si pervenga al risultato di dar vita a una società mista oppure, alternativamente, al risultato di modificare il profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già affidato (...), si realizza in via derivata anche un diverso affidamento del servizio pubblico" (4). Va peraltro segnalato che, in merito alla medesima controversia, si erano successivamente pronunciati anche i giudici delle Sezioni unite della Cassazione, osservando che, "siccome al soggetto pubblico che decida di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, non è posta alcuna preclusione temporale, ma è imposto comunque l'obbligo di rispettare le disposizioni sovranazionali applicabili nella materia onde permettere a tutti gli operatori interessati di concorrere alla loro aggiudicazione e gestione", deve dedursi "che: A) il vincolo che discende dalla normativa sovranazionale non riguarda il momento di costituzione (o trasformazione) della società pubblica e/o l'affidamento alla stessa (o da parte della stessa) della gestione del servizio, ma le modalità di trasformazione in società mista da realizzare

(4) Si v. Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8376, in www.giustizia-amministrativa.it.

necessariamente attraverso una scelta procedimentalizzata, rispettosa del principio comunitario della concorrenza (e perciò sottratta alla disciplina codicistica cui, per il resto, è soggetto l'operare di qualsiasi tipologia di società); B) per tale ragione non è sostenibile neppure l'interpretazione riduttiva del menzionato art. 1 del Codice (5) che ne limita l'applicazione alla sola ipotesi in cui la costituzione della società mista avvenga in occasione dell'affidamento del servizio (e non successivamente, come si è verificato nel caso concreto): non confortata neppure dal suo tenore letterale che fa riferimento in via generale alla costituzione suddetta 'per la gestione del servizio', perciò comprendendo tanto l'ipotesi in cui questo debba ancora essere affidato, quanto quella in cui già lo sia stato in precedenza; e che rende evidente il disinteresse del legislatore (nazionale e comunitario) per tale scissione temporale per nulla ostativa all'obiettivo da conseguire" (6).

Dalle pronunzie richiamate si desume chiaramente, per un verso, che anche mediante determinate operazioni straordinarie, *i.e.* fusioni o scissioni, può addivenirsi ad una trasformazione societaria, per l'altro che, allorché la/e società trasformanda/e risulta/no affidataria/e (in via diretta o con gara) della gestione di servizi pubblici (*i.e.* di servizi di interesse economico generale), attraverso l'apertura del capitale sociale a operatori economici privati si realizza anche il descritto fenomeno di "circolazione dell'affidamento", che viene realizzato "non attraverso un (nuovo) affidamento esterno integrale, bensì ricorrendo alla modifica del profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già attribuito" (7).

In ipotesi di tal fatta, la gara a doppio oggetto per la selezione del partner privato risulta dunque imposta

dalla necessaria osservanza delle normative di derivazione eurounitaria in tema di affidamento di concessioni e appalti, al fine di garantire una sostanziale equiparazione tra detta selezione e la gara per l'affidamento di tali contratti pubblici.

Pertanto, nella sentenza in commento, ad avviso di chi scrive, si sarebbe dovuto far riferimento soprattutto a questo ordine di considerazioni e pervenire alla conclusione che la programmata modificazione delle partecipazioni all'interno di A.E.B. S.p.a. non poteva essere sottratta al rispetto di regole evidenziali, pena appunto la violazione del diritto eurounitario applicabile.

Non sembra, in altri termini, che, con riguardo ad operazioni societarie come quelle esaminate nella sentenza in commento possa essere anteposta la ricerca di elementi atti a comprovare l'infungibilità delle stesse operazioni, atteso che, anche nel caso in cui si fosse dimostrato, attraverso una indagine di mercato, come "l'unica possibilità di sviluppo e di incremento di competitività per la A.E.B. S.p.a. fosse l'integrazione industriale con la A2A S.p.a., in ragione delle peculiari caratteristiche di questa", ciò non di meno si sarebbe dovuto tener conto che, nel caso di specie, si intendeva procedere non ad una semplice alienazione di partecipazioni societarie, bensì alla costituzione di un partenariato pubblico privato istituzionalizzato, avente come effetto quello di realizzare il sopra descritto fenomeno di "circolazione degli affidamenti", di tal che l'individuazione del partner privato non avrebbe potuto essere sottratta al rispetto di regole evidenziali.

La prevalenza della sostanza sulla forma. Premessa per una ricostruzione "elastica" della disciplina societaria del TUSP

di Gianluca Romagnoli

La disciplina delle società pubbliche è stata concepita nel presupposto della sua specialità rispetto a quella posta dal codice civile che dovrebbe veicolare la regolamentazione di carattere generale di riferimento.

Il Consiglio di Stato, dopo aver formalmente riconosciuto quel rapporto tra plessi normativi, si pone in controtendenza con esso. Infatti, immagina, che vi siano spazi per la individuazione di regole non scritte, ricavabili dal "microsistema" rappresentato dal Testo unico del 2016, i cui principi consentirebbero di costruire in modo elastico il quadro disciplinare applicabile.

(5) Si v. l'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006.

(6) Si v. Cass. Civ., SS.UU., 2 agosto 2011, n. 16856, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 7-8, 1142.

(7) Si v. ancora: Cass. Civ., SS.UU., 2 agosto 2011, n. 16856, cit.

La prevalenza della sostanza sulla forma secondo il Consiglio di Stato

La lettura della sentenza Cons. Stato n. 6213/2021 - che prende posizione sulle condizioni richieste per la variazione degli azionisti di una società affidataria di servizi pubblici locali - sollecita una riflessione sul rapporto corrente tra il complesso delle disposizioni poste nel Titolo IV, Capo V, VII, VIII, X del codice civile e quello del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (TUSP). Credo, infatti, che alcuni passi della motivazione, di seguito segnalati, possano essere indicativi d'una tendenziale apertura ad una ridefinizione giurisprudenziale della relazione tra l'uno e l'altro plesso normativo, con il conseguente pericolo di frustrazione dei molti auspici che la più attenta dottrina aveva riposto nell'opera di riordino (1).

Per il massimo giudice amministrativo ogni operazione sul capitale che interessa una società a partecipazione pubblica totalitaria se, comunque, conduce all'ingresso di un socio formalmente privato deve essere preceduta "da una strumentale procedura selettiva tra i potenziali operatori economici interessati" (2). Tanto deriverebbe da una necessaria considerazione della sostanza del fenomeno che imporrebbe l'estensione di quanto previsto dall'art. 17, comma 1, TUSP e ciò anche se l'allargamento della compagine associativa si realizza senza la vendita di partecipazioni sociali o la costituzione di nuova società ma con un aumento di capitale liberato tramite un conferimento in natura (3). In altri termini, non varrebbe ad esimere i soci pubblici da quell'adempimento la circostanza che la deliberazione straordinaria oggetto di attenzione non sarebbe considerata da alcuna disposizione specifica, rinvenendosi tale previsione solo per la costituzione di società o per l'acquisto (compravendita) di partecipazioni.

La deliberazione comunale che approvava la direzione del voto da esprimere in assemblea straordinaria - così come la più complessa operazione in cui quella si inseriva e la seguente decisione del collegio dei soci - non si sarebbe potuta esprimere solo avendo come riferimento la normativa societaria del codice civile per l'operare della disciplina pubblicistica recata dal più recente documento normativo che, in ossequio di un fondamentale canone di proporzionalità e sussidiarietà, "deve trovare volta a volta fondamento, a geometria variabile, in presenza di ragioni giustificative, normativamente codificate" (4). Con una sorta di "crescendo rossiniano", il giudice aggiunge che il silenzio del legislatore non appare significativo; infatti, la giustificazione della sottoposizione della società interamente pubblica ad un regime differenziato potrebbe trarsi, indirettamente, da altri significativi elementi (5).

L'esame di specifiche disposizioni del TUSP dedicate a variazione del capitale sociale, trasformazione, fusione e scissione renderebbe evidente la necessità di coordinare la disciplina generale del codice civile con le disposizioni dettate dal T.U. sulle società pubbliche "(...) ciò perché, per l'appunto, le norme dettate per regolamentare singoli aspetti delle società partecipate possono interferire con la disciplina generale del tipo sociale ed esprimere una specifica caratterizzazione del modello organizzativo" (6).

Dunque, da quella premessa deriva che l'operazione sul capitale che porta all'ingresso di un socio privato in una società pubblica dovrà tener conto dei vincoli del T.U. che, da un lato, impongono che il primo sia scelto con evidenza pubblica e, dall'altro, che l'ingresso dello stesso in una società *in house* sia accompagnato dalla individuazione dei suoi compiti operativi e dalla predeterminazione di criteri che gli garantiscano l'assegnazione di una quota di partecipazione non inferiore al 30% del nuovo capitale sociale (7).

(1) Cfr. L. Perfetti - F. Goisis - A. Maltoni - M. Antonioli, *Manifesto per una riforma di sistema delle società a partecipazione pubblica* (marzo 2015), in www.amministrazioneincammino.it.

(2) Cons. Stato, Sez. V, 6 settembre 2021, n. 6213, par. 6.4 di motivazione.

(3) Cons. Stato, Sez. V, n. 6213/2021, par. 6.3 di motivazione.

(4) Per Cons. Stato, Sez. V, n. 6213/2021, cit. - par. 6.2 di motivazione - "Il richiamo, quale regola residuale, alle fonti generali del diritto societario sintetizza, come è noto, un'opzione di politica legislativa confermativa della natura essenzialmente privatistica delle società a partecipazione pubblica e si pone quale architrave della regolamentazione di settore, nel senso che - alla luce di un fondamentale canone di proporzionalità (cfr. art. 18, comma 1 lett. a) l. 7 agosto 2015, n. 124) e di sussidiarietà (cfr. art.

1, comma 1 *bis* l. n. 241/1990) - l'applicazione della disciplina pubblicistica debba trovare volta a volta fondamento, a geometria variabile, in presenza di cogenti ragioni giustificative, normativamente codificate".

(5) Cons. Stato, Sez. V, n. 6213/2021, cit. - par. 6.2.1 di motivazione - "(...) l'assenza di una specifica e puntuale disciplina delle operazioni straordinarie concluse da società a partecipazione pubblica non legittima, tuttavia, l'inferenza che esse non presentino, o, meglio, non possano in concreto presentare, in relazione alle relative modalità programmatiche ed operative - caratteri peculiari che valgano a giustificarne la sottoposizione ad un regime normativo in parte differenziato".

(6) Cons. Stato, Sez. V, n. 6213/2021, cit., par. 6.2.1.

(7) Cons. Stato, Sez. V, n. 6213/2021, cit., par. 6.2.5.

Il rapporto corrente tra codice civile e TUSP. Dalla specialità alla residualità

Una prima lettura della decisione porta a dubitare - per il profilo specifico d'interesse - della fondatezza della sua conclusione. L'affermazione della ineludibilità della procedura competitiva sembra, infatti, sostenuta da una serie di passaggi argomentativi che non paiono rigorosamente in linea con uno degli obiettivi del D.Lgs. n. 175/2016 (8), vale a dire quella della chiara ed espressa individuazione delle deroghe al diritto societario.

La possibilità per il giudice di ricercare - e ricavare - una regola inespressa per la liberazione di un aumento di capitale con conferimento in natura, infatti, poggia su d'un postulato rapporto di residualità tra TUPS e codice civile, per cui la disciplina posta dal secondo rileverebbe solo se - anche indirettamente, ricorrendo allo strumento dell'analogia o dall'individuazioni di principi generali del più recente provvedimento normativo - non sia possibile inferire una regola adatta al caso oggetto d'osservazione. Invero, solamente assumendo che il D.Lgs. n. 175/2016 abbia introdotto un microsistema speciale è consentito ricercare "al suo interno" la disciplina inespressa per il caso non testualmente considerato e, per converso, limitare la rilevanza della normativa civilistica, declassandola al rango di regolamentazione di carattere residuale, il cui impiego è ammesso solo se non si trova nulla d'altro o "di meglio".

Leggendo tra le righe, dopo un formale riconoscimento dell'opzione legislativa (9), il giudice amministrativo non ha dubbi nel correggere il tiro e, dunque, nella sostanza, trattare il diritto societario come fonte di una regolazione "residuale", destinata ad essere compresa dalla disciplina pubblicistica del TUSP che deve trovare applicazione a geometria variabile in presenza di cogenti ragioni giustificative ritraibili dal secondo plesso normativo. Se ci si pone nella prospettiva del giudice, peraltro, si tratta di una conclusione pressoché scontata. Se, infatti, si pesano le parole ci si avvede di come quelle "cogenti" ragioni giustificative ritraibili dall'articolato speciale non sono altro che i principi inespressi, ricavabili per generalizzazione, che si

reputano idonei, perché estratti dal microsistema rappresentato dal TUSP, ad escludere il ricorso a quelli del codice civile.

Come anticipato, però, quel modo di procedere parrebbe stridere sia con i vincoli posti al legislatore delegato sia con le indicazioni espresse dello stesso prodotto normativo governativo.

Quanto al primo profilo, si deve ricordare che la legge delega indica tra i criteri ordinatori dell'esercizio del potere normativo di riordino della materia delle partecipazioni societarie delle amministrazioni quelli della chiarezza della disciplina e della semplificazione normativa, entrambi posti sullo stesso piano di quello ulteriore della tutela della concorrenza (art. 18, comma 1, lett. a, L. 7 agosto 2015, n. 124). Ora, se si condivide la equiparazione dei criteri richiamati sembra potersi ritenere, da un lato, che quelli della chiarezza e della semplificazione siano funzionali alla tutela della concorrenza e, dall'altro, che in ragione d'un'asserita superiorità dell'ultimo - perché valore portante dell'Unione europea - non si possa ammettere un regime variabile, ricostruibile solo a posteriori.

Una superiore esigenza di certezza - che trova il proprio riconoscimento nel richiamo allo "stato di diritto" operato da una delle prime disposizioni del Trattato UE (art. 2, par. 1) - esclude che, in nome della prevalenza d'un valore, le regole di organizzazioni tipizzate, a carattere reale - quali sono le società di capitali - vengano rese incerte da un asserito obbligo di garantire la più ampia competizione tra operatori economici.

Ulteriormente, sempre riflettendo sulle indicazioni ricavabili dalla legge delega, sembrerebbe che una normativa a "geometria variabile" sia incompatibile con la previsione che voleva che il prodotto delegato definisse la pertinente regolamentazione osservando il principio di proporzionalità "delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi comprese quella in materia di organizzazione" (art. 18, comma 1, lett. a, L. n. 124/2015). La verifica del rispetto del parametro indicato, infatti, presuppone la raffrontabilità tra "contenuto normativo" del prodotto delegato e quello preesistente civilistico e da qui, la necessaria esclusione di spazi per l'enucleazione di regole inesprese (10).

(8) Su cui, per tutti, si veda, C. Ibba, *Introduzione*, in AA.VV., *La società a partecipazione pubblica. Commentario tematico al d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, a cura di C. Ibba - I. Demuro, Bologna, 2018, 2 ss.; F. Goisis, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: economicità e necessaria redditività dell'investimento pubblico*, in *Dir. ec.*, 2020, 31.

(9) Si veda nt. 4.

(10) La delega, dunque, parrebbe circoscrivere significativamente le opzioni interpretative del giudice, escludendo che i parametri normativi da utilizzare per la soluzione del caso controverso possa essere reperito per "generalizzazione od estensione di contenuti precettivi di norme espresse". Cfr. F. Goisis, *op. loc. cit.*

Per quanto concerne il secondo profilo, parrebbe poi dirimente l'indicazione testuale (art. 1, comma 3, TUPS) secondo cui "per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato" (11). Dunque, è la stessa normativa sopravvenuta che dichiara la propria specialità rispetto a quella del codice civile, e, quindi, risulta concepita per "innersarsi" nel secondo, conducendo alla conclusione negata dal giudice: in assenza di disposizioni legislative derogatorie espresse le eventuali regole "pubblicistiche" o, comunque, extrasocietarie risulteranno applicabili solo se compatibili con la disciplina societaria o nei limiti in cui non contrastino con quella (12).

In conclusione, l'operazione prospettata dal giudice speciale risulta impedita da una "ragione d'insieme" o, se si vuole, di carattere generale e ciò a prescindere dall'ulteriore difficoltà di estrarre da disposizioni eterogenee, anche per finalità (13), uno o più principi comuni che consentono di integrare le deroghe espresse e, quindi, accentuare la specialità del TUSP, moltiplicando ed integrando le peculiarità di quest'ultimo sino a renderlo, appunto, un "microsistema autonomo".

La criticità dell'operazione di estrazione dei principi compiuta dal giudice

Ferma la criticità di fondo non meno dubbio sembra il percorso argomentativo seguito dal giudice per

affermare che la selezione comparativa è condizione necessaria per la legittima integrazione della compagine associativa.

Il Consiglio di Stato per ricercare un fondamento a quell'obbligo, e per negare la sussistenza di peculiarità tali da legittimarne, l'esclusione richiama disposizioni caratterizzate da finalità eterogenee, su cui salda la necessità della procedura competitiva.

La specialità del microsistema - e dunque la sua capacità di autocompletamento - viene tratta da un'argomentazione "plurifase".

Con un primo passaggio la motivazione richiama una serie di regole poste a garanzia del corretto e responsabile esercizio delle prerogative riconosciute al socio pubblico e alla coerenza delle sue scelte sia con i propri fini istituzionali che con la razionalità/economicità della spesa. In tal senso sembra doversi intendere la menzione di diversi articoli del TUSP quali: l'art. 7, comma 7, lett. b), relativo alla deliberazione dell'organo politico dell'ente locale in merito alla trasformazione della società pubblica; l'art. 8 TUSP, comma 1, inerente all'acquisto di partecipazioni in società già costituite anche mediante la sottoscrizione di aumenti di capitale; l'art. 14 TUSP, comma 5, relativo ai limiti posti alla sottoscrizione di nuovo capitale o d'erogazione - tramite altro canale di risorse a società in perdita; l'art. 20 TUSP, commi 1, 2 e 5, concernente l'obbligo di revisione periodica delle partecipazioni al fine di definire ed attuare scelte di razionalizzazione delle immobilizzazioni in società lucrative (14).

Con un secondo passaggio ideale il giudice afferma che il carattere singolare della società a

(11) E ciò secondo una linea di continuità con una disposizione di coordinamento di carattere generale, poi abrogata dal D.Lgs. n. 175/2016. Si ricorda, infatti, che il testo convertito dell'art. 4, comma 13, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, "recante disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, prevedeva" che "Le disposizioni del presente articolo 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".

(12) Così, C. Ibbi, *op. cit.*, 5 - 6, che, peraltro sottolinea come, l'incorruttabilità del regime societario non deriva solo dalla scelta di fondo del legislatore di collocazione "privatistica e societaria della società a partecipazione pubblica" ma anche dal regime della pubblicità derivante dall'iscrizione nel registro delle imprese, che genera "(...) il legittimo affidamento circa l'applicazione di un regime conforme al *nomen iuris* adottato; un affidamento che sarebbe inammissibilmente disatteso ove una determinata norma societaria fosse disapplicata a beneficio di un'altra 'pubblicistica' o comunque non societaria propria del tipo di società dichiarato e pubblicizzato". Analogamente, per l'affermazione di un regime di specialità del TUSP rispetto al codice civile, si veda, tra i tanti, S. Antoniazzi, *Società miste e servizi pubblici*, Napoli, 2017, 217 e 225.

(13) La dottrina - per tutti C. Ibbi, *op. cit.*, 3 - è concorde nel ritenere che il TUSP contenga due gruppi di prescrizioni: uno relativo alle partecipazioni societarie degli enti pubblici, i cui precetti si rivolgono alle amministrazioni socie, regolandone la fase di acquisto, dismissione ed economicità della loro gestione; un secondo, che raggruppa una serie di regole che danno luogo ad un diritto societario speciale, che, si può aggiungere, in ragione della delega vogliono dettare la regolamentazione che dia adeguata considerazione alla presenza nella compagine sociale delle P.A. Plessi di disposizioni eterogenei che non possono essere invocati "strumentalmente" per giustificare una "manipolazione" della relazione corrente tra TUPS e codice civile anche se, nel loro insieme disegnano un assetto sperimentalmente distante da quello del diritto comune - G. Romagnoli, *Condizionamenti pubblicistici al funzionamento delle società a partecipazione pubblica (d. legis. 175/2016)*, in AA.VV., *Liber amicorum per Vittorio Domenichelli*, Bari, 2018, 425 ss.- sono state lette come forme di ibridizzazione di modelli derivante dall'accentuazione della rilevanza del socio pubblico - Cfr. M. Bianchini, *Profili di ibridizzazione tra interessi pubblici e privati nei "micro-sistemi normativi" delle società pubbliche e dei contratti pubblici*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 838 ss.- od ancora possano essere considerate dotate di una forza conformativa del modo con cui ricostruire l'interesse sociale, prospettato da, A. Maltoni, *Società a partecipazione pubblica e perseguimento di interessi pubblici*, in *Dir. dell'ec.*, 2019, II, 183.

(14) Cons. Stato, Sez. V, n. 6213/2021, cit., par. 6.2.1.

partecipazione pubblica impone il rispetto della procedura dell'art. 7, comma 7, TUSP ogni qual volta sia programmata un'operazione che, comunque, è idonea a produrre significative modificazioni dell'assetto organizzativo dell'ente di cui sono socie le amministrazioni locali (15).

Con un terzo passaggio - che ha come premessa i due precedenti - il giudice ritiene di poter ricomporre il quadro disciplinare procedendo ad una "sommatoria" di diverse disposizioni la cui addizione ritiene consenta, appunto, di definire le condotte che dovrebbero essere osservate quando si ipotizza di approdare alla "organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato" (16). In tale ipotesi, seguendo la motivazione, l'operazione deve essere "progettata" ed il socio pubblico dovrà verificare se: i) il socio privato sia stato individuato mediante "meccanismi" di selezione aperti o nei casi previsti dalla legge da procedure competitive di negoziazione (arg. ex art. 7, comma 5, TUSP); ii) la quota di partecipazione del socio privato non sia inferiore al 30% del capitale sociale (arg. ex art. 17, comma 1, TUSP); iii) la determinazione associativa preveda limiti alla partecipazione del socio privato, essendogli preclusa la possibilità di esercitare un'influenza dominante sulla società *in house* (arg. ex art. 16, comma 1, TUSP).

In fine, a completamento dell'addizione, per il giudice quella somma di vincoli dovrebbe essere integrata anche dalle indicazioni della disposizione sulle società miste, secondo cui la selezione del privato deve avvenire per tramite procedura di evidenza pubblica avente ad oggetto non solo la partecipazione ma anche i compiti operativi del nuovo "consorte" (17).

A conclusione della descritta "opera di accatastamento plurifasica" il Consiglio di Stato conferma l'impostazione del T.A.R., sostanzialmente affermando che l'omissione della gara ha una valenza invalidante determinante atteso che il Comune già detentore di una partecipazione di controllo di diritto non aveva adeguatamente motivato l'infungibilità della scelta del soggetto cui veniva data l'opportunità di sottoscrivere tramite conferimento in natura il nuovo aumento di capitale "(...) che, proprio in quanto

eccezione alla regola dell'evidenza pubblica, avrebbe dovuto, a tutto concedere, essere valutata con particolare rigore ed all'esito di una puntuale indagine di mercato, idonea a dimostrare che l'unica possibilità di sviluppo e di incremento di competitività" fosse quella attuata "in ragione delle caratteristiche di questa non replicabili sul mercato" (18).

Prima di iniziare l'analisi degli addendi non sembra potersi tacere un dubbio o perplessità sulla persuasività dell'operazione di "accatastamento"/addizione, con ciò dissociandomi da una delle prime note adesive alla pronuncia (19). La lettura della motivazione, infatti, suscita l'impressione che si voglia creare una "cortina fumogena" per supportare una conclusione che - per quel che si ricava dalla lettura della sentenza e di quella confermata - è più il risultato di un'intuizione o, se si vuole, di una precomprensione del collegio in punto di necessità della gara e di sufficiente adeguatezza della motivazione.

Se ora si inizia l'esame - partendo dall'ultimo degli addendi - sembra doversi negare che dall'art. 17 TUSP possa ricavarsi una regola estensibile tramite analogia od un principio generale suscettibile di imporre la gara. Tanto dovrebbe derivare, verosimilmente, dalla diversità tra caso regolato e quello non regolato, costituito dall'aumento di capitale tramite conferimento in natura.

L'art. 17 TUSP, infatti, si caratterizza per la sua spiccatissima specialità, per essere stato concepito per piegare lo schema societario a forma stabile e duratura di partenariato pubblico privato istituzionalizzato (20). Di qui la definizione di una disciplina peculiare pensata in ragione della realizzazione dell'opera o del servizio (art. 4, comma 2, lett. c, TUSP), non destinata ad esaurirsi solo nella gara a doppio oggetto, poiché le prescrizioni successive si possono spiegare come strumenti di controllo del socio pubblico sulla conduzione dell'attività sostanzialmente assegnata al socio privato. In altri termini, la gara a doppio oggetto e la prescrizione dei requisiti di qualificazione del socio privato, od ancora quelli relativi alla indicazione del contratto di servizio o della definizione dei compiti operativi dell'aggiudicatario della partecipazione, si spie-

(15) Cons. Stato, Sez. V, n. 6213/2021, cit., par. 6.2.3.

(16) Cons. Stato, Sez. V, n. 6213/2021, cit., par. 6.2.4.

(17) Cons. Stato, Sez. V, n. 6213/2021, cit., par. 6.2.5.

(18) Cons. Stato, Sez. V, n. 6213/2021, cit., par. 6.3.

(19) In tal senso si veda il commento di G. Carullo, *Il Consiglio di Stato conferma l'annullamento della delibera di integrazione societaria tra A2A e AEB*, in CERIDAP (2021), in www.ceridap.eu.

(20) E. Codazzi, *Le società miste*, in AA.VV., *La società a partecipazione pubblica*, cit., 286-287.

gano in quanto quest'ultimo ottiene l'affidamento sostanziale dell'attività (21).

Dunque, quella disposizione prevede una situazione assolutamente diversa da quella esaminata in cui una società "quotata", a partecipazione pubblica assoluta, tramite il conferimento di determinati "beni", diviene socia di minoranza della società conferitaria che mantiene la gestione del servizio ed in cui permane una partecipazione assoluta degli enti locali originari soci, poiché la diluizione del capitale se, da un lato, riduce il pacchetto del Comune capofila - che passa dall'originario 58,859% al 36,472% - a quest'ultima deve aggiungersi quella delle altre amministrazioni socie - che pur diluita - è pari al 28,98% e ferma, comunque, la neutralità del 1.032% di azioni proprie stante la sospensione del loro diritto di voto (art. 2357-ter, comma 2, c.c.).

Dunque, la ragionevole inestensibilità dell'indicazione dell'art. 17, comma 1, TUSP dovrebbe escludere che si possa prospettare sia un difetto per mancanza della gara sia un difetto deliberativo da parte dei soci pubblici per non avere preventivamente preso posizione su d'un progetto di modificazione del capitale che non prevedeva quali fossero i compiti del socio privato.

Ancora - anche immaginando l'esistenza di un generale obbligo di gara - si può verosimilmente ritenere che quello non ricorra in concreto in ragione della peculiarità dell'operazione progettata, ingiustamente svalutata dal giudice. Questo, infatti, muove il suo ragionamento postulando la piana equiparabilità all'alienazione di azioni di ogni operazione sul capitale che comporti una diluizione della partecipazione del socio pubblico. Solo, infatti, per tale via si può ritenere, in principio, necessaria la procedura competitiva (ex art. 10 TUSP) ed escludere assiomaticamente il vaglio delle caratteristiche del progetto societario/industriale.

L'assolutezza dell'impostazione richiamata non sembra, però, condivisibile svalutando le limitazioni all'obbligo di procedura competitiva ricavabili dalla normativa presupposta. Come è stato evidenziato (22), la regola della gara non è di applicazione necessaria poiché la stessa prevede la sua deroga nell'ipotesi in cui siano prospettabili casi eccezionali, la cui valutazione è lasciata alla discrezionalità dell'amministrazione. Casi eccezionali tra cui -

condivisibilmente - si includono quelle operazioni di aggregazione societaria che, per la loro complessità, non sono riconducibili alla mera alienazione di azioni (23).

In conclusione è la stessa articolazione e complessità dell'operazione ad escludere l'obbligo di gara, anche a prescindere dal dato obiettivo che, nel caso di specie, non si poteva discutere di alienazione neppure mediata di azioni; infatti, il socio formalmente privato entrava nella società per effetto di una deliberazione straordinaria dei soci pubblici che approvavano un aumento del capitale tramite conferimento in natura e che così, al più, implicitamente rinunciavano al loro "potenziale" diritto d'opzione sulle azioni di nuova emissione.

L'operare del diritto societario - ed in specie di quello dedicato alla disciplina dell'emissione di nuove azioni - dà ragione, poi, di come i soci pubblici avessero a disposizione una adeguato corredo informativo e come agli stessi non fosse richiesto il compimento di un'autonoma indagine di mercato.

È noto, infatti, che l'esclusione del diritto d'opzione - conseguente all'approvazione di un aumento di capitale con conferimenti in natura (art. 2441, comma 4, c.c.) - è il risultato d'una determinazione dei soci adottata in esito all'esame di un'apposita relazione degli amministratori (su cui si esprime anche il collegio sindacale) nella quale è data motivata ragione della strumentalità/necessità del conferimento rispetto al modo con cui verrà svolta la futura attività imprenditoriale (24). Dunque, se si vuole, il conferimento viene considerato sia per la sua oggettività sia per la sua capacità di condizionare la realizzazione di un programma industriale poiché è questa relazione di strumentalità che, da un lato, giustifica l'esclusione del diritto d'opzione e, dall'altro, rende unica l'operazione in quanto realizzazione di uno specifico programma industriale definito, nell'esercizio della loro discrezionalità, dagli amministratori della conferitaria. Discrezionalità, si sottolinea, che ragionevolmente non può ritenersi compressa neppure nel caso di società *in house*, atteso che è ampiamente condiviso che l'ingerenza dei soci pur sostanziosamente "in un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata" (art. 2, comma 1, lett. c, TUSP) non comprime l'operatività degli

(21) Sul punto si veda anche, P. Aciri, *Differenti profili delle "società miste": figura soggettiva e attività svolta su incarico della pubblica amministrazione*, in *Dir. e soc.*, 2020, 548 ss.

(22) M. Renna, *Acquisizioni e alienazioni di partecipazioni pubbliche, operazioni di partnership ed evidenza pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 124 ss.

(23) M. Renna, *op. cit.*, 125.

(24) Cfr. G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*⁹, Torino, 2015, 510-511.

amministratori consentendosi di sostituirsi a loro (25). Dunque, parrebbe doversi escludere che il sindacato dei soci possa estendersi al modo con cui l'organo gestorio ha istruito le proprie proposte. Non sembra, infatti, possibile - in nome dell'esigenza di garantire un effettivo potere di controllo, tale da tradursi in una "genuina" influenza dominante - riconoscere ai soci pubblici la prerogativa di ridiscutere ogni aspetto e, magari, confutare le analisi e le ragioni esposte dagli amministratori tramite il compimento d'autonome indagini di mercato, dal risultato comunque opinabile, stanti le incertezze che ammantano sia le valutazioni previsionali aziendali che sia la selezione dei presupposti e dei termini con cui sviluppare l'indagine.

Gli effetti "indiretti" dell'eventuale invalidità delle deliberazioni "approvative" extrassembleari dei soci pubblici

A conclusione, ci si potrebbe interrogare in merito agli effetti dell'eventuale invalidità della delibera "amministrativa" di approvazione extrassembleare. Per chi condivide l'opinione secondo cui il regime delle società a partecipazione pubblica, anche *in house*, non si connota per la sua eccezionalità rispetto a quello ordinario la risposta dovrebbe essere negativa e, quindi, da quell'eventualità non conseguirebbe alcuna conseguenza diretta di tipo "destabilizzante". L'eventuale annullamento dell'approvazione extrassembleare non è in grado di incidere automaticamente sulla sorte della successiva determinazione associativa. La diversità di piani su cui si situano, rispettivamente, l'atto prodromico al voto e la determinazione espressa dal collegio sociale dal rappresentante dell'amministrazione impedisce una che la seconda sia contaminata dagli eventuali vizi della prima.

Quella conclusione, però, non esclude che l'invalidità della determinazione amministrativa non possa sortire effetti indiretti non meno rilevanti. Infatti,

pare plausibile immaginare una diversa conseguenza se in esito all'annullamento dovesse venir meno - od emergere la carenza - di una delle condizioni, fissate dalla disciplina delle società *in house* per consentire, conformemente alla giurisprudenza europea (26), il legittimo conferimento (e mantenimento) di affidamenti diretti, cioè, senza gara (27).

In particolare, sembrano prospettarsi due linee di interferenza, destinate ad incidere, rispettivamente, sulla conduzione dell'impresa e sul mantenimento della partecipazione pubblica.

L'eventuale invalidità della scelta, escludendo la sussistenza di una delle condizioni giustificative dell'affidamento diretto di servizi economici generali, apre la strada ad una revoca dello stesso, in considerazione del fatto che la pronuncia di annullamento ha l'effetto d'accertare il venir meno d'una delle condizioni cumulativamente richieste per esternalizzare - senza gara - la gestione di servizi pubblici.

Ulteriormente, il venir meno dell'affidamento del servizio impone all'amministrazione socia di - quanto meno - riconsiderare, in sede di revisione periodica (art. 20 TUSP), il mantenimento della propria partecipazione, in quanto il primo evento fa venir meno sia la sua strumentalità rispetto ai propri fini istituzionali (art. 4, comma 1, TUSP), sia una delle condizioni per cui è ammessa alla P. A. l'impiego del modulo societario. Infatti, se non c'è l'investitura dell'ente lucrativo allo svolgimento di attività economica d'interesse pubblico non v'è la possibilità di considerare il secondo un mezzo per la "produzione di un servizio di interesse economico generale" (art. 4, comma 2, TUSP).

Due alternative il cui esito, peraltro, potrebbe essere accelerato dalla pressione di potenziali soci pubblici dissenzienti anche se assolutamente marginali, atteso che la rimodulazione del ricorso dell'art. 2409 c.c. operato dall'art. 13 TUSP lo svincola dal requisito del possesso di una quota qualificata di capitale sociale.

(25) Cfr. M. Antonioli, *op. cit.*, nt. 60; C. Pegoraro, *op. cit.*, 205; M. Libertini, *Il principio di adeguata organizzazione e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 14-15.

(26) Figura - come sottolinea G. Caia, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, I, 2020, 457, che non corrisponde "(...) un tipo giuridico di società, disciplinato da norme sue proprie e differenti rispetto a quelle contenute nel codice civile e nelle norme generali di diritto privato. Sono, invece, proprio queste ultime le norme che si devono ritenere applicabili anche alle società destinate ad ottenere (e che ottengono) affidamenti in house di commesse pubbliche. Infatti, le peculiari norme dettate a proposito della 'società in house' non sono di carattere e portata

tali da integrare un regime giuridico societario e di impresa differenziato (per tutte le ragioni che saranno più avanti evidenziate), in quanto tali norme sono esattamente rivolte a stabilire solo i presupposti e le procedure per l'assegnazione di affidamenti diretti e la relativa conservazione o cessazione. Si tratta dunque di norme sul regime di determinate attività economiche seppure al di fuori del mercato, che non hanno riflessi sulla natura del soggetto agente e destinatario".

(27) Oltre alle citazioni delle note precedenti, cui si rinvia per ulteriori citazioni bibliografiche, si vedano, tra i tanti, M. Antonioli, *L'in house providing tra funzione e struttura: Controllo analogo congiunto, partecipazione "pulviscolare" ed eterodirezione della società*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 599 ss.; C. Pegoraro, *Le società in house: profili societari*, in *AA.VV., Le società, cit.*, 191 ss.

L'esecuzione da parte degli amministratori di una delibera non supportata da una valida approvazione extrassembleare dei soci pubblici, infatti, con un minimo sforzo può essere considerata grave irregolarità commessa nel corso dell'attività di gestione foriera di un danno grave per la società, da individuarsi "nella perdita del servizio" per la revoca della concessione. Ora, rilevato che il legislatore considera grave irregolarità l'ipotesi "minore" costituita dallo sfondamento

del tetto di fatturato posto alle società *in house* (art. 16, comma 4, TUSP) non di meno si dovrebbe concludere nel caso d'interesse. Non potrebbe escludersi, dunque, che quella situazione possa costituire occasione per sollecitare un intervento di controllo da parte del giudice ordinario, il quale, al limite, potrebbe convocare l'assemblea dei soci per l'approvazione di misure correttive / ripristinatorie della legalità violata (art. 2409, comma 4, c.c.).