

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2020

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni: il difficile connubio tra modello pubblico e modello privato

di Giuseppe Gianni e Paola Consolandi

(Avvocati amministrativisti)

Sommario

1. Inquadramento sistematico - 2. L'attività amministrativa di gestione della partecipazione societaria - 3. Brevi cenni sullo speciale regime previsto per le società quotate e spunti di riflessione.

Abstract

This short paper aims to point out several aspects of actual regulation of public companies ("Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" - D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175), by which the Italian Legislator has intervened on many general legal issues of this particular kind of companies.

Critical aspects are related to the regulation of public companies listed on a stock exchange and the consequent liability of directors, which are not clearly establishing.



1. Inquadramento sistematico

Il Legislatore, attraverso il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175¹), è intervenuto sia sulla potestà amministrativa, vincolandola, che sull'autonomia negoziale della pubblica amministrazione.

La novella legislativa individua presupposti e condizioni perché le amministrazioni possano costituire una società, acquistare e mantenere una partecipazione, diretta o indiretta, in una società a totale o parziale partecipazione pubblica e gestire il rapporto sociale (art. 1, co. 1) e ha cura di precisare che nel momento applicativo deve aversi riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato e alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica (art. 1, co. 2).

Le norme contenute nel Testo unico si collocano, per la natura degli interessi tutelati, tra quelle imperative di *ordine pubblico economico*. L'ambito di riferimento è l'organizzazione della pubblica amministrazione e l'intervento operato sui soggetti giuridici dell'ordinamento disegna il modello societario come alternativa all'internalizzazione o all'appalto per produrre un bene e/o erogare un servizio a favore della collettività, ovvero per autoprodurre quei beni e/o servizi necessari all'amministrazione e all'esercizio delle sue funzioni. La misura assume, perciò, rilievo perché si iscrive tra gli interventi pubblici tesi a realizzare la tutela, costituzionalmente garantita, dei livelli minimi essenziali delle prestazioni amministrative afferenti i diritti civili e sociali².

La prima considerazione da svolgere è quella per cui il Legislatore, in sede di intervento, ha certamente dovuto tenere conto del regime di riparto delle competenze e funzioni fra Stato e regioni delineato dall'art. 117 Cost., ricercando un

¹ * Avvocati amministrativisti. Si deve all'Avv. Paola Consolandi l'attività di ricerca e analisi delle fonti, la cura delle note e la redazione del par. 2, nonché del breve *abstract* in lingua inglese.

Publicato nella Gazz. Uff. 8 settembre 2016, n. 210 e in vigore dal successivo 23 settembre.

Il Testo unico costituisce attuazione della cd. Legge Madia (L. 7 agosto 2015, n. 124, recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"), il cui art. 16, collocato all'interno del Capo IV, intitolato "Deleghe per la semplificazione normativa", contiene la delega al Governo ad adottare "decreti legislativi di semplificazione dei seguenti settori:...b) partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche; c) servizi pubblici locali di interesse economico generale" (co. 1).

L'art. 18, rubricato "Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche", detta, al co. 1, i principi e i criteri direttivi specifici per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche.

² V. E. Boscolo, *L'unificazione attraverso la garanzia delle prestazioni di servizio pubblico*, in M. Cafagno e F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico dell'economia*, Vol. V de "A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana - Studi", a cura di L. Ferrara e D. Sorace, Firenze University Press, 2016, p. 321 ss. L'A. si avvicina alla ricostruzione del modello di costituzione economica nazionale in termini di *welfare state* attraverso una riflessione sulla natura delle prestazioni di diritto pubblico, rilevando come "La strutturazione di un articolato sistema di servizi pubblici preordinati alla erogazione di una gamma sempre più ampia di prestazioni costituisce l'unica risposta pubblica concreta all'esigenza di limitare il tasso di diseguaglianze marginalizzanti riscontrabile nella società italiana nelle diverse stagioni: ciò al fine di strutturare rapporti sociali più equi".



difficile punto di equilibrio a garanzia delle singole potestà legislative di natura esclusiva, rispettivamente *ex art. 117, co. 1, lett. g)* e *co. 3*, nella materia dell'*organizzazione amministrativa*, oltre che nel rispetto dell'ordinamento sovranazionale; tant'è che dopo aver imposto il divieto per le società cd. strumentali [di cui al *co. 2, lett. d)* dell'*art. 4*] controllate da enti locali di costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni, è stato subito previsto che il divieto non opera di fronte a un'apposita previsione adottata a livello di legislazione regionale (*art. 4, co. 5*). Per identiche ragioni è lasciata al governo, alle regioni e alle province autonome, nell'esercizio della propria autonomia (per queste ultime anche legislativa), la possibilità di scegliere se sottrarre in tutto o in parte singole società partecipate all'applicazione delle previsioni dettate dallo stesso *art. 4* con riferimento alle finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione della partecipazione pubblica (*art. 4, co. 9³*).

La seconda considerazione è che restano sottratte all'ambito di applicazione del Testo unico, e dunque continuano a soggiacere alle specifiche disposizioni previgenti, le società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse, al pari delle fondazioni e degli enti associativi diversi dalle società partecipate da pubbliche amministrazioni [*art. 1, co. 4, lettere a) e b)*] –.

Infine, sono sottratte all'applicazione del Testo unico le società quotate, fatta salva un'espressa previsione di segno contrario (*art. 1, co. 5*)⁴.

Perciò, il punto di equilibrio nella convivenza tra modello pubblico e modello societario di diritto comune scelto come paradigma generale (*art. 1, co. 3⁵*) non è

³ Il richiamato *co. 9* dell'*art. 4* prevede che: "Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1, anche al fine di agevolare la quotazione ai sensi dell'articolo 18, può essere deliberata l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione pubblica. Il decreto è trasmesso alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti. I Presidenti di Regione e delle province autonome di Trento e Bolzano, con provvedimento adottato ai sensi della legislazione regionale e nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità, possono, nell'ambito delle rispettive competenze, deliberare l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione della Regione o delle province autonome di Trento e Bolzano, motivata con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1. Il predetto provvedimento è trasmesso alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, alla struttura di cui all'articolo 15, comma 1, nonché alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti".

⁴ Sulle società quotate, con la relativa disciplina, v., *amplius*, par. 3.

⁵ La disposizione richiamata recita testualmente: "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".



univoco, dovendosi ricercare di volta in volta, sicché da questo punto di vista l'intervento legislativo non mostra di possedere organicità, né unitarietà.

L'esame dell'articolato mostra che il Testo unico contiene previsioni di carattere generale che incidono direttamente sulla potestà e sull'autonomia delle pubbliche amministrazioni, e cioè l'art. 2 ("Definizioni"), l'art. 3 ("Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica"), l'art. 4 ("Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche"), l'art. 5 ("Oneri di motivazione analitica"), l'art. 7 ("Costituzione di società a partecipazione pubblica"), l'art. 8 ("Acquisto di partecipazioni in società già costituite") e l'art. 9 ("Gestione delle partecipazioni pubbliche"). Altre previsioni, contenute nei successivi artt. 16 ("Società *in house*"), 17 ("Società a partecipazione mista pubblico-privata") e 18 ("Quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati"), contengono disposizioni fortemente derogatorie, ma non costituiranno oggetto di compiuta disamina nella presente trattazione.

Interessanti sono, invece, le norme contenute nell'art. 18 e nell'art. 26 ("Altre disposizioni transitorie"), che saranno esaminate congiuntamente. L'art. 26 ha, per l'appunto, natura transitoria e introduce un "tempo supplementare" grazie al quale molte società pubbliche sono "fuggite" dall'applicazione del Testo unico⁶, mentre l'art. 18 detta la disciplina a regime della quotazione di società a controllo pubblico e consente a tali società di quotare azioni o altri strumenti finanziari in mercati regolamentati previa apposita scelta dell'ente partecipante nell'esercizio della potestà amministrativa e a condizione che il socio pubblico renda chiaro il proposito in ordine al mantenimento della partecipazione di controllo ovvero al suo progressivo abbandono⁷.

⁶ Il riferimento è alle società quotate, che lo stesso Testo unico definisce all'art. 2, co. 1, lett. p), come "le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati". A tal riguardo l'art. 26 (rubricato, per l'appunto, "Altre disposizioni transitorie") stabilisce che:

"3. Le pubbliche amministrazioni possono comunque mantenere le partecipazioni in società quotate detenute al 31 dicembre 2015.

4. Nei diciotto mesi successivi alla sua entrata in vigore, il presente decreto non si applica alle società in partecipazione pubblica che abbiano deliberato la quotazione delle proprie azioni in mercati regolamentati con provvedimento comunicato alla Corte dei conti. Ove entro il suddetto termine la società interessata abbia presentato domanda di ammissione alla quotazione, il presente decreto continua a non applicarsi alla stessa società fino alla conclusione del procedimento di quotazione.

5. Nei dodici mesi successivi alla sua entrata in vigore, il presente decreto non si applica alle società in partecipazione pubblica che, entro la data del 30 giugno 2016, abbiano adottato atti volti all'emissione di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati. I suddetti atti sono comunicati alla Corte dei conti entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Ove entro il suddetto termine di dodici mesi il procedimento di quotazione si sia concluso, il presente decreto continua a non applicarsi alla stessa società. Sono comunque fatti salvi, anche in deroga all'articolo 7, gli effetti degli atti volti all'emissione di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati, adottati prima della data di entrata in vigore del presente decreto".

⁷ La disposizione in commento prevede testualmente: "1. Le società controllate da una o più amministrazioni pubbliche possono quotare azioni o altri strumenti finanziari in mercati regolamentati, a seguito di deliberazione adottata ai



La disciplina si completa con la previsione contenuta nell'art. 8, co. 3⁸, la quale consente che un'amministrazione possa acquisire una partecipazione in una società già quotata, ed è comunque prevista la sottrazione dall'applicazione del Testo unico. Anche sotto tale profilo l'approdo normativo merita una riflessione, in quanto – in disparte quanto sostiene il Dipartimento del Tesoro del Mef, per cui *“l'esclusione delle società quotate nei mercati regolamentati dall'applicazione generale del TUSP risponde all'esigenza di evitare distorsioni del mercato di negoziazione dei titoli già quotati e penalizzazioni per le società a partecipazione pubblica che si confrontano nei mercati regolamentati con società concorrenti. Inoltre, l'applicazione parziale della disciplina del TUSP tiene in considerazione che tali società sono già sottoposte ad una disciplina di settore che, attraverso stringenti regole di trasparenza e regole speciali di governance, favorisce l'attuazione delle finalità previste dal TUSP”*⁹ e al di là dell'oggettivo vantaggio per le singole amministrazioni (posto che i pacchetti azionari fruttano lauti dividendi) – la quotazione di società a controllo o a partecipazione pubblica, così come l'ammessa acquisizione di una partecipazione in una società già quotata, non sembra immune da antinomie sia rispetto al modello economico tratteggiato dalla Costituzione¹⁰ che rispetto alle funzioni e ai limiti assegnati alla pubblica amministrazione. Infatti, e salvo il caso in cui è la stessa legge a scegliere di costituire una società e disporre la quotazione, il dato che oggi la pubblica amministrazione è inserita in un ordinamento sovranazionale fortemente orientato alla competizione¹¹ non può far perdere di vista i primari compiti di coesione sociale e di tutela degli interessi generali ai quali l'ente pubblico è chiamato¹².

sensi dell'articolo 5, comma 1, secondo le modalità di cui all'articolo 7, comma 1. L'atto deliberativo prevede uno specifico programma avente ad oggetto il mantenimento o la progressiva dismissione del controllo pubblico sulla società quotata.

2. L'atto deliberativo avente ad oggetto la richiesta di ammissione alla quotazione è adottato con le modalità di cui all'articolo 7, comma 1.

3. È fatta salva la possibilità di quotazione in mercati regolamentati di società a partecipazione pubblica singolarmente individuate, soggette a regimi speciali in base ad apposite norme di legge”.

⁸ La norma, come già detto rubricata “Acquisto di partecipazioni in società già costituite”, stabilisce, al citato co. 3, che: *“Le disposizioni del presente articolo si applicano anche all'acquisto, da parte di pubbliche amministrazioni, di partecipazioni in società quotate, unicamente nei casi in cui l'operazione comporti l'acquisto della qualità di socio”*.

⁹ Tale orientamento della struttura di monitoraggio Mef-DT, 22 giugno 2018, è citato dalla Corte dei conti nella relazione per l'anno 2018 sugli organismi territoriali partecipati dagli enti locali, di cui alla deliberazione n. 23/SEZAUT/2018/FRG.

¹⁰ Sul concetto di “costituzione economica”, in termini generali e per un'analisi storica, si rinvia a G. Bianco, *Costituzione economica e ordine pubblico economico*, in *Digesto – Discipline pubblicistiche*, III aggiornamento, UTET, 2008.

¹¹ Sulle conseguenze del processo di integrazione comunitaria a livello di ordinamento interno e sul passaggio dalle costituzioni economiche nazionali a favore di una costituzione economica europea, v. E. De Marco, *“Costituzione economica” e integrazione sovranazionale*, pubblicato in www.federalismi.it, numero speciale 5/2019, con l'ampia bibliografia ivi citata.

¹² Una completa e approfondita analisi degli elementi costitutivi del contratto di società, in specie della causa, con riferimento alle società pubbliche o a partecipazione pubblica, è condotta da R. Guarino, La “causa pubblica” alla luce del Testo unico 175 del 2016, in F. Fimmanò e A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche – Tomo I*, Giapeto editore, 2016, p. 281 ss. L'A. si sofferma anche sull'aspetto, dibattuto in dottrina, della non



È certamente possibile che la pubblica amministrazione si esprima e si organizzi in forma imprenditoriale quando l'attività di impresa è funzionale al perseguimento dello specifico interesse pubblico in intestazione¹³, ma tale modello non è pienamente sovrapponibile a quello dell'ente pubblico-impresa che opera all'interno del mercato azionario per acquisire le risorse private a cui erogare dividendi, tenuto conto che le logiche di profitto e di speculazione del mercato azionario finiscono per riflettersi non su una domanda *libera* di beni e servizi per i quali esiste un mercato di rischio, bensì su bisogni irrinunciabili della collettività, che in quanto tali vanno organizzati e gestiti secondo schemi di stampo solidaristico.

Passando alla disciplina delle regole modali per la gestione delle partecipazioni pubbliche, merita attenzione la disposizione normativa contenuta nell'art. 9 che, purtroppo, è piuttosto scarna e lascia il socio pubblico, e comunque chi lo rappresenta, "arbitro di sé stesso". Il Legislatore ha demandato la disciplina della gestione della partecipazione al codice civile e al modello societario di diritto comune ma il risultato non sembra soddisfacente, considerato che la gestione della partecipazione sociale è attività amministrativa e che chi rappresenta l'ente partecipante e/o l'ufficio responsabile dei diritti sociali amministra un bene della collettività¹⁴.

Solo un accenno in nota sarà fatto alla ritenuta fallibilità delle società *in house*¹⁵ e alla riconosciuta responsabilità per danno erariale dei suoi amministratori e dipendenti, la cui cognizione è devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti (art. 12¹⁶).

essenzialità della finalità lucrativa nei vari tipi sociali, con ovvi riflessi sulla possibilità di ravvisare, nel sistema normativo ante Testo unico, un nuovo tipo sociale rispetto alle società in commento, per cui "la finalità pubblica dovrebbe essere inseguita, secondo questa autorevole dottrina (i.e. F.G. Scoca, Il punto sulle c.d. società pubbliche, Relazione al Convegno "Le Società pubbliche", Venezia 25 novembre, 2004, pubblicata in Il Diritto dell'Economia, 2005) attraverso un modello di organizzazione creato ad hoc dal legislatore, che tenga conto, da una parte dell'esigenza di perseguire un risultato in termini di efficienza, e, dall'altra parte, del particolare scopo pubblico. Un organismo, dunque, nuovo alla nostra legislazione, il quale assuma in parte i caratteri societari tipici, che garantiscano una gestione snella ed improntata a criteri di economicità ed in parte assuma la forma dell'organo di amministrazione, di guisa che quest'ultima possa esercitare sulla società il controllo e la direzione".

¹³ Per una sintetica ma ragionata analisi delle forme organizzative e del regime dell'attività di impresa svolta dalla pubblica amministrazione, si veda il contributo di V. Cerulli Irelli, L'impresa pubblica nella Costituzione economica italiana, elaborato per il gruppo di studio di Astrid su "La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione", datato 04/02/2009 e pubblicato sul sito www.astrid-online.it.

¹⁴ La questione costituirà oggetto di approfondimento nel successivo par. 3.

¹⁵ Come già rilevato da F.M. Ciaralli, Le società in house possono fallire: prime considerazioni della Cassazione sul d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, pubblicato il 01/03/2017 in www.italiappalti.it, in sede di commento a Cass. civ., Sez. I, 07/02/2017, n. 3196, "dottrina e giurisprudenza appaiono divise tra un orientamento che fa leva sulla non alterità della società rispetto alla Pubblica Amministrazione (in tal senso, Corte App. L'Aquila, sent. 2.3.2015, n. 304; Trib. Verona, sent. 19.12.2013, n. 651; Trib. Napoli sent. 9.1.2014, n. 1097; Trib. Nola, sent. 30.1.2014.) ed un altro orientamento che, al contrario, si fonda sul principio generale della assoggettabilità alle procedure concorsuali delle imprese che abbiano assunto la forma societaria, iscrivendosi nell'apposito registro e quindi volontariamente assoggettandosi alla disciplina privatistica (in tal senso si è espresso il Tribunale di Modena, decreto 10.1.2014. Analogamente, il Tribunale di Palermo, con sentenza del 13 ottobre 2014, ha statuito che le società costituite secondo i tipi codicistici ed aventi per oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili



Già si è detto che l'intervento legislativo ha perimetrato il raggio di azione dell'amministrazione, e dunque limitato, *rectius* indirizzato, la potestà pubblica e le condizioni di esercizio dell'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni al momento sia della costituzione di una nuova società che dell'acquisto di partecipazioni in società già esistenti (artt. 7 e 8), imponendo la forma del procedimento amministrativo all'*iter* di formazione della volontà dell'ente partecipante (art. 5).

Particolarmente significativo è il sistema dei vincoli – tipologico, di scopo, di attività, territoriale e procedimentale – che il Legislatore pone all'amministrazione e al suo agire quando, attraverso la costituzione di una società, modifica, ampliandolo, il suo assetto organizzativo: *in primis* un vincolo di scopo, dovendo l'oggetto sociale essere non solo coerente ma aderente, financo necessario, al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione partecipante – il che è agilmente apprezzabile con riferimento agli enti territoriali e a livello locale, mentre appare di non immediata percezione se si ha riguardo ai compiti istituzionali di un'amministrazione statale centrale o di un ente pubblico nazionale – e un ulteriore vincolo legato all'attività svolta [art. 4, co. 2, lettere a)-e)], al quale è connaturato il vincolo territoriale nel caso di società partecipate da enti locali e territoriali che erogano servizi non a rete, diversamente da quelle che erogano servizi di interesse economico generale a rete

alle procedure concorsuali a prescindere dall'effettivo esercizio di tale attività, atteso che è lo statuto sociale a rilevare in ordine all'assunzione della qualità di imprenditore. Nel medesimo senso, Corte App. Napoli, 27.5.2013, n. 346, 24.4.2013, 15.7.2009; Trib. Palermo, 11.2.2010; Trib. Velletri 8.3.2010; Trib. Pescara 1.4.2014". La commentata pronuncia della Corte di Cassazione n. 3196/2017, richiamando il precedente n. 22209/2013, ribadisce il principio per cui "In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità". Più recentemente, v. anche Cass. civ., Sez. I, 22/02/2019, n. 5346.

La questione della fallibilità delle società in house è affrontata anche da C. Contessa, Lo stato dell'arte in tema di affidamenti in house, Contributo estratto dal volume C. Contessa (a cura di), Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici, La Tribuna, Piacenza, 2020, pubblicato sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶ La norma richiamata, rubricata "Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate", stabilisce che: "1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.

2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione".



che, per evidenti ragioni di efficienza, sfuggono al limite territoriale¹⁷. A proposito di queste ultime va detto, nell'intento di sgombrare il campo da possibili equivoci, che esse non operano sul mercato in condizioni di parità con gli operatori economici privati sol perché l'affidamento del servizio è avvenuto nel rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, dal momento che i loro diretti concorrenti sono normalmente altre società partecipate da enti locali extraregionali che assumono, in forza di aggregazioni, una posizione dominante sul mercato sotto la direzione e il coordinamento di una *holding* e, altresì, perché molti di questi soggetti sono già concessionari di beni del patrimonio pubblico indisponibile, e dunque agiscono sulla base del vantaggio che deriva loro dal poter utilizzare un'infrastruttura che altri operatori non possiedono, spendendo una forza economica che è il prodotto di una concessione e non del merito.

Venendo, infine, alla disamina delle attività esercitabili dalle società partecipate, tra quelle elencate all'art. 4, co. 2 del Testo unico assume un'importanza fondamentale la *"produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi"* [lett. a)] e pertanto non possono essere tralasciate le definizioni di *servizi di interesse generale* e di *servizi di interesse economico generale*. Nel linguaggio del Legislatore del Testo unico consistono rispettivamente la prima in *"attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale"* [art. 2, co. 1, lett. h)] e la seconda in *"servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato"* [art. 2, co. 1, lett. i)].

Le definizioni sono funzionali all'individuazione delle società pubbliche e si completano della successiva elencazione delle tipologie di attività che possono costituirne l'oggetto sociale, all'interno del confine tracciato dalla stretta inerenza dell'attività svolta con le finalità istituzionali dell'ente¹⁸.

¹⁷ Il co. 9-bis dell'art. 4 introduce la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi di interesse economico generale a rete pur al di fuori dall'ambito territoriale di riferimento, a condizione che queste ultime abbiano in corso o ottengano l'affidamento del servizio attraverso una procedura a evidenza pubblica. Ulteriormente, la società non deve aver chiuso in perdita quattro degli ultimi cinque esercizi [art. 20, co. 2, lett. e)], e se si tratta di una società in house deve rispettare il limite del 20% per il fatturato conseguente allo svolgimento delle attività predette (art. 16, co. 3).

¹⁸ L'art. 4, co. 1 del Testo unico prevede, testualmente, che *"Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società"*. Nel parere n. 968/2016 la Commissione speciale del Consiglio di Stato, dopo aver rammentato che la norma riportata riprende, sostanzialmente, il contenuto dell'art. 3, co. 27, L.



Posto che sia i servizi di interesse economico generale (SIEG) che quelli di interesse generale (SIG) ricadono in via mediata (per il tramite, cioè, delle società pubbliche che li producono/gestiscono/erogano) nell'ambito di applicazione del Testo unico¹⁹ – il quale non ne contiene, però, la disciplina²⁰ – non può non rilevarsi come una delle finalità individuate dalla delega legislativa fosse quella di riordinare la disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, anche allo scopo di tutelare e promuovere la concorrenza (art. 18, co. 1, L. n. 124/2015²¹).

24 dicembre 2007, n. 244, contenente "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)" e abrogato, per l'appunto, dall'art. 28, D.Lgs. n. 175/2016, ritiene che essa imponga "un chiaro e stringente "vincolo di scopo pubblico".

¹⁹ Con la precisazione, a opera di L. Tarantino, *Promozione della concorrenza e disciplina dei servizi pubblici*, pubblicato sul sito www.italiappalti.it il 30/09/2016, che dall'art. 4, D.Lgs. n. 175/2016 "si evince che la costituzione di società pubbliche in materia di SIEG può essere ammessa solo per il caso di autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento, restando altrimenti il fine fondamentale delle suddette società quello della produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi". L'A. fa osservare anche che sul punto il Legislatore ha ignorato i rilievi operati in sede consultiva dal Consiglio di Stato nel già citato parere n. 968/2016, dove pure si era evidenziato che "La lettera a) ammette l'attività diretta alla «produzione di un servizio di interesse generale»".

La Commissione speciale rileva come lo schema di decreto abbia omissso di richiamare anche la nozione di «servizio di interesse economico generale»".

Senonché, come già detto, la categoria dei servizi di interesse generale (SIG) è più ampia e comprende i servizi di interesse economico generale (SIEG), e altresì i servizi di interesse generale privi di rilevanza economica (SINEG) e i servizi sociali di interesse generale (SSIG).

²⁰ Nel parere n. 968/2016 il Consiglio di Stato segnala, in proposito, "l'opportunità di tenere separata l'elencazione delle attività ammesse dalle tipologie societarie, puntualizzando in una apposita disposizione l'eventuale modulazione delle attività esercitabili in relazione a detta tipologia"; disposizione che nel vigente Testo unico manca. Così come manca la supposta elencazione esplicita delle tipologie di società partecipate (società a partecipazione pubblica, società quotate, società a controllo pubblico, società strumentali e società in house), anch'essa suggerita in sede di parere in quanto ritenuta meglio rispondente al criterio di cui all'art. 18, co. 1, lett. a) della legge delega rispetto all'indicazione della mera forma societaria (società per azioni e società a responsabilità limitata), poi mantenuta all'art. 3, co. 1 del Testo unico.

²¹ Questo il testo, nella sua interezza, della norma citata: "1. Il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi, che si aggiungono a quelli di cui all'articolo 16:

a) distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa;

b) ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; applicazione dei principi della presente lettera anche alle partecipazioni pubbliche già in essere;



c) precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate;

d) definizione, al fine di assicurare la tutela degli interessi pubblici, la corretta gestione delle risorse e la salvaguardia dell'immagine del socio pubblico, dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, anche al fine di garantirne l'autonomia rispetto agli enti proprietari;

e) razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi, tenendo conto delle distinzioni di cui alla lettera a) e introducendo criteri di valutazione oggettivi, rapportati al valore anche economico dei risultati; previsione che i risultati economici positivi o negativi ottenuti assumano rilievo ai fini del compenso economico variabile degli amministratori in considerazione dell'obiettivo di migliorare la qualità del servizio offerto ai cittadini e tenuto conto della congruità della tariffa e del costo del servizio;

f) promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali e dei principali indicatori di efficienza, nonché la loro pubblicità e accessibilità;

g) attuazione dell'articolo 151, comma 8, del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, in materia di consolidamento delle partecipazioni nei bilanci degli enti proprietari;

h) eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo;

i) possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento;

l) regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato;

m) con riferimento alle società partecipate dagli enti locali:

1) per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative, definizione di criteri e procedure per la scelta del modello societario e per l'internalizzazione nonché di procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione di partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, al fatturato e ai risultati di gestione;

2) per le società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, individuazione di un numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino obblighi di liquidazione delle società, nonché definizione, in conformità con la disciplina dell'Unione europea, di criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico e ad evitare effetti distorsivi sulla concorrenza, anche attraverso la disciplina dei contratti di servizio e delle carte dei diritti degli utenti e attraverso forme di controllo sulla gestione e sulla qualità dei servizi;

3) rafforzamento delle misure volte a garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità, anche attraverso la riduzione dell'entità e del numero delle partecipazioni e l'incentivazione dei processi di aggregazione, intervenendo sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e al fine di una maggior trasparenza;

4) promozione della trasparenza mediante pubblicazione, nel sito internet degli enti locali e delle società partecipate interessati, dei dati economico-patrimoniali e di indicatori di efficienza, sulla base di modelli generali che consentano il confronto, anche ai fini del rafforzamento e della semplificazione dei processi di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche partecipanti e delle società partecipate;

5) introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione di cui al presente articolo, basato anche sulla riduzione dei trasferimenti dello Stato alle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni in materia;

6) introduzione di strumenti, anche contrattuali, volti a favorire la tutela dei livelli occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle società partecipate;

7) ai fini del rafforzamento del sistema dei controlli interni previsti dal testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci, attraverso specifici flussi informativi che rendano analizzabili e confrontabili i dati economici e industriali del servizio, gli obblighi di servizio pubblico imposti e gli standard di



Ciò nondimeno, la soluzione offerta dal Legislatore non sembra proprio "a portata di mano" perché il mercato di riferimento (SIEG e SIG) non ha margini di rischio né dal lato della domanda né da quello dell'offerta, se non quello della sostenibilità economica del costo delle prestazioni per i cittadini-utenti e per i bilanci pubblici interessati, con l'effetto che, volendo tirare le fila dell'inquadramento sistematico dell'intervento normativo in commento, può affermarsi che, eccettuate le società previste dall'art. 4, co. 2, lett. c) del Testo unico²² e considerate le numerose deroghe introdotte alla disciplina ordinaria delle società contenuta nel codice civile, la strada per portare le norme di diritto privato, con i sottostanti interessi materiali, all'interno di questo particolare modello organizzativo della pubblica amministrazione non pare facilmente percorribile.

2. L'attività amministrativa di gestione della partecipazione societaria

Le considerazioni sull'ambito, sui poteri, sui presupposti e sui limiti all'interno dei quali la pubblica amministrazione gestisce il rapporto sociale non possono scindersi dal momento della nascita della società.

Recita l'art. 5 del Testo unico: "...l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica...o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa" (co. 1)²³.

L'atto deliberativo è adottato, secondo il disposto del successivo art. 7, dal competente organo dell'amministrazione interessata (co. 1) e redatto in conformità al

qualità, per ciascun servizio o attività svolta dalle società medesime nell'esecuzione dei compiti affidati, anche attraverso l'adozione e la predisposizione di appositi schemi di contabilità separata".

²² Trattasi della società aventi a oggetto "la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato...".

²³ La norma, rubricata "Oneri di motivazione analitica", così prosegue: "2. L'atto deliberativo di cui al comma 1 da' atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate.

3. L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

4. Ai fini di quanto previsto dal comma 3, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi".



predetto art. 5, co. 1 (co. 2). Quanto al regime, l'adozione di una deliberazione in contrasto con dette prescrizioni ne comporta l'invalidità, con conseguente liquidazione della partecipazione (co. 6).

Deputato a conoscere delle patologie dell'atto deliberativo di costituzione della società è il giudice amministrativo, al quale spetta, nell'ambito della giurisdizione di legittimità, il sindacato sulla "motivazione rafforzata" in ordine alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali in rapporto alle opzioni alternative rappresentate dalla gestione diretta e dall'esternalizzazione²⁴, nonché sull'avvenuto contemperamento tra le ragioni e gli obiettivi della scelta e la sua convenienza economica e sostenibilità finanziaria, tenuto conto, altresì, della normativa nazionale e sovranazionale applicabile in materia e delle clausole generali di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa²⁵ (art. 5, co. 1).

Le norme, oltre a disciplinare la nascita della società, ne regolano specularmente le successive vicende modificative ed estintive, quali gli aumenti di capitale, le modifiche dell'oggetto sociale, le trasformazioni, i trasferimenti di sede all'estero, le revocche dello stato di liquidazione e le controverse ipotesi di fusione e scissione, ovverosia tutte quelle operazioni straordinarie rispetto alle quali i poteri del socio pubblico non possono muoversi unicamente all'interno dei consueti binari del modello di diritto comune e dello statuto societario.

Occorre, peraltro, rilevare come l'espletamento di tali procedimenti amministrativi incida sulla corretta adozione della decisione di compiere le predette operazioni societarie che consiste, a sua volta, in un atto amministrativo distinto e separato dal conseguente atto negoziale con cui la pubblica amministrazione sottoscrive, acquista o cede le partecipazioni sociali²⁶.

²⁴ Cfr. Cons. Stato, V, 10/09/2014, n. 4599; 22/01/2015, n. 257 e 09/12/2016, n. 5193, dove si legge che "Per la sentenza della Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199 i servizi pubblici di rilevanza economica possono essere gestiti vuoi mediante il mercato, vuoi attraverso il partenariato pubblico-privato (ossia mediante una società mista, e dunque con una "gara a doppio oggetto" per la scelta del socio e poi per la gestione del servizio), vuoi attraverso l'affidamento diretto, in house; la preferenza per l'uno o l'altro modello costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che va adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano".

²⁵ Si fa osservare che tra i rilievi formulati in sede di parere sull'art. 1 (rubricato "Oggetto"), il Consiglio di Stato segnalava "l'opportunità di un richiamo espresso alle "norme generali di diritto amministrativo", che sono, essenzialmente quelle contenute nella legge n. 241 del 1990 e nel Codice dei contratti pubblici. La prima, non espressamente abrogata, trova applicazione, in virtù del richiamo effettuato alle società a partecipazione pubblica dall'art. 29 della stessa legge, nel caso in cui esse svolgono funzioni amministrative. La seconda trova applicazione in tutti i casi in cui le predette società pongono in essere consentite attività nel settore dei contratti di appalto e servizi pubblici".

²⁶ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 229-2017/I, Procedimenti amministrativi in materia di sottoscrizione, acquisto, cessione di partecipazioni sociali da parte di pubbliche amministrazioni ed onere di controllo notarile, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 5/10/2017 e dal CNN il 26-27/10/2017, pubblicato sul sito www.notariato.it.



Tra le vicende modificative sono espressamente contemplati il mutamento di clausole dell'oggetto sociale che consentono un cambiamento significativo dell'attività della società, la trasformazione della società, il trasferimento della sede sociale all'estero, la revoca dello stato di liquidazione [art. 7, co. 7, rispettivamente lettere a), b), c), d)], sicché al fine di assumere ciascuna di tali decisioni societarie la potestà amministrativa deve farsi funzione attraverso un apposito procedimento amministrativo, all'interno del quale l'ente esamina e considera gli interessi coinvolti. Allo stesso procedimento soggiace l'acquisto di partecipazioni in società già esistenti, deliberate con identiche modalità (art. 8, co. 1), e la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente a oggetto l'acquisto della partecipazione comporta l'inefficacia del contratto di acquisto della partecipazione medesima²⁷ (co. 2).

A ben vedere, si tratta di una regola generale alla quale non si sottrae neppure l'acquisto di partecipazioni in società quotate che comportano l'assunzione della qualità di socio (art. 8, co. 3). Con le stesse modalità, e dunque nel rispetto del vincolo procedimentale, sono adottati anche gli atti deliberativi aventi a oggetto l'alienazione o la costituzione di vincoli su partecipazioni sociali delle amministrazioni pubbliche (art. 10, co. 1).

L'alienazione delle partecipazioni deve avvenire in aderenza ai principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione²⁸ e solo in casi eccezionali, previa motivata

²⁷ Secondo A. De Vita, Società a partecipazione pubblica e giurisdizione amministrativa, pubblicato sul sito www.ilmerito.org il 28/07/2017, "L'inefficacia si riferisce alla gestione del pacchetto di partecipazione e quindi si deve ritenere che tutte le problematiche inerenti siano appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario, compresa la valutazione in ordine alle conseguenze discendenti da una eventuale pronuncia del giudice amministrativo statuente l'incompetenza dell'organo che ha deciso l'acquisto della partecipazione; un tale controllo, da parte del giudice ordinario, potrebbe spingersi fino alla verifica della legittimità – anche se soltanto in via incidentale, laddove non sia già intervenuta una decisione del giudice amministrativo – dell'eventuale provvedimento di ratifica o convalida adottato dall'organo competente con riguardo alla deliberazione di acquisto viziata dal difetto di competenza. Appare opportuno chiarire che il descritto regime normativo si applica anche ai casi di incompetenza assoluta sia da parte dell'organo che dell'Ente, considerato che le norme del Testo unico equiparano la mancanza dell'atto deliberativo alla sua invalidità, che ricomprende le più specifiche figure della nullità e dell'annullabilità".

²⁸ Così la Sezione regionale di controllo per la Lombardia 8/2019/PAR, depositata in segreteria il 29/01/2019: "Sebbene la disciplina in parola (art. 10, D.Lgs. n. 175/2016) non faccia esplicito riferimento a procedure ad evidenza pubblica, ma ai principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, si ritiene che il ricorso alle stesse costituisca un principio immanente del nostro ordinamento giuridico, tenuto anche conto della cornice europea di riferimento e dei principi fondamentali del Trattato a tutela della concorrenza e della par condicio, che di tali procedure costituiscono diretto precipitato. A tale proposito, il Consiglio di Stato (vd. sentenza 28 settembre 2016 n. 4140) ha precisato che il principio generale relativo al confronto competitivo "non può ritenersi limitato al solo momento della costituzione di una società mista, ma deve ritenersi altresì esteso alle ipotesi in cui venga in rilievo l'alienazione di partecipazioni sociali detenute da un'amministrazione pubblica. (posto che) l'obbligo di rispettare la regola dell'evidenza pubblica per l'alienazione delle quote sociali detenute da una società mista risponde ad un principio di ordine pubblico economico (anche di matrice comunitaria) presiedendo al rispetto degli altrettanto generali principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione fra i potenziali concorrenti".



deliberazione dell'organo competente, può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente (co. 2); anche in questo caso la norma individua i termini minimi essenziali della motivazione, assoggettati alla relativa disciplina generale contenuta nella legge sul procedimento e che costituiscono, di riflesso, oggetto del sindacato di legittimità del giudice amministrativo, rappresentati dalla convenienza economica dell'operazione e dalla congruità del prezzo di vendita²⁹.

La mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'alienazione della partecipazione rende inefficace l'atto di alienazione della partecipazione medesima (co. 3).

Venendo al punto della gestione della partecipazione, disciplinata all'art. 9 – che si limita, per vero, a individuare il soggetto al quale compete l'esercizio dei diritti di socio (commi da 1 a 4³⁰), contemplando la previa necessità dell'atto deliberativo da adottarsi ai sensi dell'art. 7, co. 1, soltanto con riferimento alla conclusione, alla modificazione e allo scioglimento di patti parasociali (co. 5) – va considerato che il mancato rispetto di tali disposizioni non determina l'invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata, ferma restando la possibilità che l'esercizio del diritto del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme di diritto privato (co. 6).

Le disposizioni contenute negli artt. 7 e 9 ripropongono, dunque, il difficile equilibrio tra l'organizzazione della pubblica amministrazione e quella di diritto privato della società. Sembra, però, che anche *gli atti di gestione della partecipazione pubblica*, o per lo meno quelli che incidono significativamente sulla *mission* e sull'assetto della società e che, in quanto tali, rappresentano *decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative*

Prescindendo, in definitiva, dal nomen iuris che si utilizza, tutte le volte in cui si intende immettere nel sistema una occasione di guadagno, occorrerà procedere attraverso una procedura selettiva, ispirata ai criteri di imparzialità, non discriminazione e trasparenza".

²⁹ A titolo esemplificativo, si vedano la già citata deliberazione della Sezione regionale di controllo per la Lombardia 8/2019/PAR e il precedente della Sezione dalla stessa richiamato (deliberazione 7/2016/VSG), secondo cui "l'indicazione ivi contenuta in merito alla convenienza economica dell'operazione che si intende porre in essere – che giustifica il ricorso ad un'alienazione mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente – dovrà essere "analiticamente" evidenziata, mediante approfondite, congrue e comprovate valutazioni in ordine alla situazione economica e patrimoniale della società (supportata da idonea documentazione), anche in chiave prospettica e di vantaggiosità per la comunità di riferimento in termini di resa del servizio, nonché tenendo in debito conto il contesto economico, sociale e territoriale in cui si opera. Occorrerà, peraltro, dare atto dell'interesse pubblico che si andrà a perseguire mediante l'operazione di alienazione, evidenziando, specie laddove lo stesso sia quello di risanamento delle risorse pubbliche, i dati e le informazioni di bilancio utili allo scopo".

³⁰ I citati commi dell'art. 9 del Testo unico stabiliscono che: "1. Per le partecipazioni pubbliche statali i diritti del socio sono esercitati dal Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con altri Ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale.

2. Per le partecipazioni regionali i diritti del socio sono esercitati secondo la disciplina stabilita dalla regione titolare delle partecipazioni.

3. Per le partecipazioni di enti locali i diritti del socio sono esercitati dal sindaco o dal presidente o da un loro delegato.

4. In tutti gli altri casi i diritti del socio sono esercitati dall'organo amministrativo dell'ente".



all'attività sociale (compresi quei contratti con cui la società assume un particolare impegno ma che, al contempo, possono condizionare l'agire del socio pubblico), non possano essere relegati all'autonomia societaria, dovendo essere sostenuti da una scelta amministrativa compiuta "a monte" dall'ente partecipante, non potendosi prescindere dalla formazione procedimentalizzata della volontà dell'amministrazione al pari di quanto previsto all'art. 7, co. 1, lettere a)-d) – elencazione che, a questo punto, non può considerarsi di natura tassativa –.

La norma (art. 9) non esclude *expressis verbis* che l'esercizio delle prerogative di socio (partecipazione all'assemblea, alle votazioni, *etc.*) non possa – o, piuttosto, non debba? – sottendere ed essere legittimato dall'atto deliberativo dell'organo dell'amministrazione partecipante deputato a esprimerne la volontà. Del resto, la partecipazione di un'amministrazione a una società è ispirata alla cura dell'interesse pubblico, al punto che è consentito l'esercizio di poteri pubblicistici interferenti con la *vita* della società, il cui sindacato è attribuito al giudice amministrativo³¹, sicché ogniqualvolta venga in rilievo una scelta societaria che impinge nella ragione della partecipazione, e dunque incide sull'interesse pubblico che per suo tramite l'amministrazione persegue, non può prescindere dalla deliberazione del competente organo dell'ente, di modo che il soggetto chiamato all'esercizio dello specifico potere connesso alla qualità di socio sia *legittimato* e, al contempo, manifesti una volontà effettivamente riferibile all'amministrazione partecipante, secondo il consueto principio della imputazione diretta degli effetti e del risultato.

Il consueto *discrimen* tra atti prodromici alla nascita di una società partecipata e atti societari "a valle" di tale scelta amministrativa, mentre può valere per la nomina e/o revoca dei componenti degli organi interni della società, pare priva di coerenza sistematica allorché gli atti societari, sebbene rispettosi degli ampi spazi che gli statuti assegnano all'attività imprenditoriale, risalgano "a monte", mutando la sostanza della scelta amministrativa originaria rispetto allo specifico interesse pubblico perseguito.

3. Brevi cenni sullo speciale regime previsto per le società quotate e spunti di riflessione

³¹ Cons. Stato, Ad. Plen. 04/01/2011, n. 10, che così delinea il riparto di giurisdizione nella materia in commento: "la giurisdizione amministrativa sussiste per gli atti che, incidendo sulla organizzazione dell'ente, sono espressione di potestà pubblica, atti tra i quali rientrano certamente quelli di costituzione, modificazione ed estinzione della società, ivi compresa evidentemente la scissione, che comporta la costituzione di una nuova società. Per converso, resta fermo il modello privatistico, e la conseguente giurisdizione ordinaria, sugli atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzo o meno del modello societario...: in tal caso, infatti, l'ente pubblico esercita i poteri ordinari dell'azionista che si traducono in atti societari sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo, coerentemente con i principi di diritto comunitario che non ammettono poteri speciali da parte dell'azionista pubblico [C. giust. CE, 6 dicembre 2007 C-463/04 e C-464/04, che ha dichiarato illegittimo l'art. 2449 c.c.; Cass., sez. un., 31 luglio 2006 n. 17287; Cass., sez. un., 15 aprile 2005 n. 7799; Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2008 n. 5787 ord.; Cons. St., sez. V, 13 giugno 2003 n. 3343; Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2003 n. 708]".



Come anticipato, il Testo unico introduce uno statuto particolare per le società quotate³², alle quali indica una "via di fuga" dal suo stesso ambito di applicazione – peraltro già ristretto, posto che le società quotate soggiacciono alla normativa in parola "solo se espressamente previsto" (art. 1, co. 5) –, ammettendo secondo la tempistica normativamente individuata la quotazione della società e l'emissione di strumenti finanziari sul mercato azionario.

Il regime transitorio approntato dal Legislatore ha esonerato dall'applicazione del Testo unico per i diciotto mesi successivi alla sua entrata in vigore le società in partecipazione pubblica che abbiano – a questo punto prima dell'intervento riformatore – deliberato la quotazione delle proprie azioni in mercati regolamentati³³ con provvedimento comunicato alla Corte dei conti, ovvero che "entro il suddetto termine" (così, testualmente, l'art. 26, co. 4³⁴) – e dunque dopo l'entrata in vigore del Testo unico e per tutti i diciotto mesi seguenti – abbiano presentato domanda di ammissione alla quotazione.

Il Testo unico non si applica, altresì, nei dodici mesi successivi alla sua entrata in vigore alle società in partecipazione pubblica che, entro il 30 giugno 2016, abbiano adottato atti volti all'emissione di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati e l'esenzione permane allorché il procedimento di quotazione si concluda entro lo stesso termine di dodici mesi (art. 26, co. 5).

La disposizione transitoria "[fa] salvi, anche in deroga all'articolo 7, gli effetti degli atti volti all'emissione di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati, adottati prima dell'entrata in vigore del presente decreto" (art. 26, co. 5, ult. per.), sicché è indubbio che mentre oggi la decisione di dare avvio al procedimento di quotazione debba avvenire nelle forme e secondo il paradigma del procedimento amministrativo, quanto fatto ieri sembra essere stato sanato in via legislativa.

Le deroghe previste per le società quotate o che abbiano avviato il procedimento di quotazione secondo la tempistica individuata in via transitoria lasciano il campo aperto ad almeno due interrogativi e a una considerazione sulla ravvisabilità della responsabilità per danno erariale in capo agli organi interni della società quotata che hanno, con condotte dolose o gravemente colpose, pregiudicato il valore della partecipazione del socio pubblico attraverso atti di *mala gestio* e, altresì, in capo ai rappresentanti dell'ente partecipante ovvero all'ufficio responsabile dell'esercizio dei

³² La definizione di società quotate è contenuta nell'art. 2, co. 1, lett. p) del Testo unico, riportato alla nota 6.

³³ Il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante il "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria" (TUF), definisce, all'art. 1, co. 1, lett. w-ter), mercato regolamentato il "sistema multilaterale amministrato e/o gestito da un gestore del mercato, che consente o facilita l'incontro, al suo interno e in base alle sue regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, in modo da dare luogo a contratti relativi a strumenti finanziari ammessi alla negoziazione conformemente alle sue regole e/o ai suoi sistemi, e che è autorizzato e funziona regolarmente e conformemente alla parte III".

³⁴ V. ancora nota 6.



diritti sociali, ove presente e delegato, che con la loro inerzia colpevole hanno permesso il consumarsi del pregiudizio.

Al primo interrogativo, e cioè se in assenza di una disposizione come quella oggi contenuta nell'art. 7 del Testo unico la decisione della società a partecipazione pubblica di adottare atti volti alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari dovesse essere costitutivamente autorizzata dall'ente partecipante, deve darsi risposta negativa, stante il tenore letterale dell'intervenuta "sanatoria".

Al secondo interrogativo, il quale attiene alle conseguenze della quotazione in borsa o dell'emissione dello strumento finanziario sull'assetto societario, e di riflesso sulla funzione amministrativa e sullo specifico interesse pubblico governato, non può risponderci senza prima riflettere sul rapporto di convivenza tra il socio privato, titolare dei relativi diritti e prerogative, e la finalità istituzionale pubblica perseguita per il tramite della società; rapporto che dovrebbe comunque costituire oggetto di disamina durante il processo di razionalizzazione periodica delle partecipazioni. Infatti la quotazione, e quindi la sottoposizione della società al controllo da parte del mercato, non esonera la società dalla periodica ricognizione delle partecipazioni (art. 20), giacché le amministrazioni sono sempre tenute alla verifica sistematica della coerenza delle partecipazioni detenute con le proprie finalità istituzionali e con i correlati vincoli e obblighi³⁵, con l'effetto che la scelta della quotazione deve contenere una motivazione aggiuntiva e integrativa rispetto a quella normalmente richiesta per la scelta di organizzare l'attività della pubblica amministrazione attraverso una partecipazione societaria, senza pretermettere che il merito della scelta è oggettivamente complesso perché costringe l'amministrazione a muoversi all'interno di parametri variabili e dei quali difficilmente è arbitro.

Per concludere e per fare un esempio, si pensi a una società nata con lo *status* della società *in house*, che verrebbe a perdere per effetto della quotazione, così come la società a controllo pubblico dovrebbe, in seguito alla quotazione, imporre alla pubblica amministrazione di riconsiderare il mantenimento della partecipazione alla luce dell'idoneità dell'operazione e del nuovo assetto della società a perseguire i compiti istituzionali; e ciò in quanto dopo la quotazione le azioni a tutela dell'interesse pubblico specifico devono essere concordate con gli attori del mercato (i titolari delle azioni o i titolari del debito della società), i quali potrebbero avere interessi non proprio coincidenti con l'interesse della collettività, così creando una contrapposizione tra beni economici e bisogni generali.

³⁵ Nella deliberazione n. 19/SEZAUT/2017/INPR la Corte dei conti evidenzia l'obbligatorietà della ricognizione delle partecipazioni detenute, dal momento che la legge usa il pronome indefinito "tutte" per indicare anche quelle indirette, di minima entità e financo le partecipazioni in società quotate.



Infine, quanto all'estensione della responsabilità per danno erariale anche alle società quotate, la lettura dell'art. 12, co. 1, per. II e co. 2³⁶, combinatamente con le disposizioni relative all'attività amministrativa di gestione della partecipazione – le quali, per espressa previsione normativa (art. 9, co. 9), trovano applicazione anche in relazione alle partecipazioni di pubbliche amministrazioni nelle società quotate –, conduce a ritenere che la responsabilità erariale possa configurarsi sia nei confronti degli organi interni della società quotata, coesistendo con l'ordinaria responsabilità sociale, che nei confronti dei soggetti rappresentativi degli enti pubblici partecipanti (salva l'ipotesi che la gestione dei diritti sociali sia affidata all'organo di governo dell'ente per previsione statutaria) e/o nei confronti dell'ufficio responsabile dell'esercizio dei diritti sociali quando la condotta dolosa o gravemente colposa di tale platea di soggetti abbia pregiudicato il valore della partecipazione.

Attualmente la Corte di Cassazione esclude che gli organi interni di una società partecipata da una pubblica amministrazione (non *in house*), data l'insussistenza di un rapporto di servizio con il socio pubblico, possano essere chiamati a rispondere per danno erariale nel caso in cui abbiano pregiudicato, con atti di *mala gestio*, il valore della partecipazione pubblica "di riflesso", ferma restando la responsabilità sociale di diritto comune³⁷.

³⁶ Il testo della norma è riportato nella sua interezza alla nota 16. Secondo V. Tenore, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè Editore, 2018, pp. 161-162, "Dal combinato disposto del primo e del secondo comma dell'art. 12, d. lgs. n. 175 del 2016, si potrebbe infatti evincere una riserva di giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale nei limiti della quota di partecipazione pubblica, danno erariale definito dal Testo unico quale danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti.

Sotto il profilo della sussistenza del rapporto di servizio tra l'ente pubblico e gli organi della società partecipata, il secondo periodo del primo comma dell'art. 12 potrebbe fungere, dunque, da *interpositio legislatoris* della provvista di giurisdizione del giudice contabile nei confronti degli organi societari, imposta dall'art. 103, comma 2 Cost...

Parimenti, potrebbe ritenersi sussistere un danno riflesso qualificabile come erariale in capo all'ente pubblico socio in proporzione alla quota di partecipazione a seguito della condotta di amministratori e dipendenti della società (oltre che, ovviamente, dei rappresentanti del socio pubblico)".

Va detto che l'A. esprime le suddette considerazioni in riferimento alle società partecipate dalla pubblica amministrazione senza operare alcun riferimento diretto alle società quotate.

³⁷ Così la giurisprudenza della Suprema Corte a partire da Cass. SS.UU., 19/12/2009, n. 26806, sulla distinzione tra la responsabilità degli organi sociali nei confronti della società e nei confronti dei singoli soci. Argomenta la Corte che "non è configurabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore (o componente di un organo di controllo) della società partecipata, il cui patrimonio sia stato leso dall'atto di mala gestio, ma neppure sussiste in tale ipotesi un danno qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio...Dei danni diretti, cioè di quelli prodotti immediatamente nella sfera giuridico-patrimoniale del socio e che non consistano nella semplice ripercussione di un danno inferto alla società, solo il socio stesso è legittimato a dolersi; di quelli sociali, invece, solo alla società compete il risarcimento, di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera indiretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio (principio pacifico: si vedano, ex multis, Cass. 5 agosto 2008, n. 21130; 3 aprile 2007, n. 8359; 27 giugno 1998, n. 6364; e 28 febbraio 1998, n. 2251). Si capisce, allora, come il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella



La dottrina³⁸ segnala, riferendosi in generale alle società a partecipazione pubblica, come sia lo stesso dato letterale dell'art. 12 del Testo unico a suggerirne, a seguito del confronto con la corrispondente norma civilistica (art. 2395 cod.civ.), una lettura ampliativa nel senso della generale risarcibilità del danno *tout court*, e quindi anche indiretto, che l'ente pubblico socio subisca quale riflesso della perdita di valore della partecipazione sociale cagionata da amministratori e dipendenti della società medesima: *"in altri termini, i pregiudizi patiti dal socio esclusi dall'ambito applicativo dell'art. 2395 c.c., in quanto – per l'appunto – danni indiretti, potrebbero essere ricompresi nell'art. 12 TU"*.

L'estensione della portata applicativa dell'art. 12, co. 1, per. II e co. 2 alle società quotate non pare trovare ostacolo nella mancata previsione espressa in ordine alla sua diretta applicazione, giacché l'art. 103, co. 2 Cost. e l'interposizione legislativa, di cui al citato art. 12, devono applicarsi secondo il criterio della ragionevolezza e nel rispetto dell'art. 3 Cost.; un'opzione esegetica di segno contrario, giustificata sulla base di una scelta discrezionale del Legislatore, potrebbe presentare un *vulnus* di coerenza sistematica e compatibilità con l'impianto costituzionale.

Se giurisprudenza e dottrina, dunque, ammettono la responsabilità erariale dei rappresentanti del socio pubblico e/o dell'ufficio responsabile dell'esercizio dei diritti sociali, laddove previsto, che non hanno impedito il verificarsi di un pregiudizio al valore della partecipazione, non sembra ragionevole non estendere tale responsabilità anche ai pregiudizi inferti al valore delle partecipazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni nelle società quotate.

giurisdizione della Corte dei conti: perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci - pubblici o privati - i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale".

Si rimanda a L. D'Orazio e L. Monteferrante, *Procedure concorsuali e diritto pubblico – Insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori*, Wolter Kluwer, 2017, p. 88 ss., oltre che per un commento a Cass. SS.UU., 19/12/2009, n. 26806, per i numerosissimi riferimenti giurisprudenziali.

³⁸ V. Tenore, op. cit.