

Acquisto e dismissione di partecipazioni di società a partecipazione pubblica, con particolare riguardo agli Enti locali

Sommario: I. I contratti pubblici attivi e passivi: *I.a - La dismissione di partecipazioni – contratti attivi o di entrata; I.b - I contratti attivi nel vigente quadro normativo; I.c - L'acquisto di partecipazioni – contratti passivi o di spesa.* II. La vigente disciplina delle partecipazioni societarie: *II.a – Ambito di applicazione; II.b - La disciplina dell'alienazione delle partecipazioni nel d.lgs 175/2016.* III. Le procedure e le regole applicabili alla dismissione di partecipazioni sociali: *III.a - Se al soggetto cedente è applicabile il D.Lgs. 175/2016; III.b – Se al soggetto cedente non è applicabile il d.lgs 175/2016.* IV. Le procedure e le regole applicabili alla acquisizione di partecipazioni sociali. V. Considerazioni conclusive: generale assoggettamento dell'acquisto e dismissione delle partecipazioni pubbliche ai principi pubblicistici

Il tema dell'acquisto e dismissione di partecipazioni¹ nel capitale sociale di società da parte di Pubbliche Amministrazioni e loro partecipate è stato oggetto di plurimi interventi legislativi negli scorsi anni ed è di costante rilevanza nell'attività degli enti locali.

Il presente contributo si focalizza sul tema degli adempimenti a cui sono soggette le Pubbliche Amministrazioni e le società partecipate per disporre l'acquisto o la dismissione di partecipazioni.

I. I contratti pubblici attivi e passivi

Occorre preliminarmente ricordare la distinzione fra le operazioni di acquisto di partecipazioni societarie, che sono contratti di spesa, da quelle di dismissione, che sono contratti di entrata.

La disciplina generale della procedura di scelta del contraente applicabile alle pubbliche amministrazioni e alle imprese pubbliche è simile nei contenuti, ma le due fattispecie sono diverse e richiedono una disamina distinta.

La materia è certamente complessa, anche perché i riferimenti normativi si sono sedimentati nel tempo.

I.a - La dismissione di partecipazioni – contratti attivi o di entrata

Principiando dalla dismissione della partecipazione societaria¹, questa consiste nell'alienazione di un bene presente nel patrimonio del soggetto (la partecipazione societaria, rappresentata da quote o azioni) e si attua tramite la stipulazione di un negozio (di solito un contratto di compravendita *ex art. 1470 cc*) per mezzo del quale avviene il trasferimento della partecipazione dalla sfera patrimoniale e giuridica del dante causa a quella dell'avente causa.

Anche la costituzione di vincoli sulle partecipazioni è qualificata dismissione ai fini che ci occupano, ai sensi dell'art. 10, comma 1 del D.Lgs. 175/2016².

¹ Ai sensi della definizione contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. f del D.Lgs. n. 175/2016, per partecipazione si intende "la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi".

² Tipico esempio è la costituzione di pegno o usufrutto su azioni (nelle SpA) o su quote (nelle Srl) previsti rispettivamente dagli artt. 2352 e 2471 *bis cc*.

Macerata

In ogni caso, qualunque ne sia la modalità, la dismissione comporta per il soggetto cedente non una spesa, bensì un'entrata.

Sia il cedente una Pubblica Amministrazione o una società partecipata (qualsiasi ne sia la natura), la dismissione di quote societarie va di norma ricondotta all'attività contrattuale in ambito pubblicistico e richiede di tenere ben presente che i contratti della pubblica amministrazione che comportano un'entrata sono definiti "attivi" e si distinguono da quelli "passivi" (fra i quali rientra anche l'acquisto di una partecipazione) in quanto questi ultimi, a differenza dei primi, determinano una spesa.

Una risalente disciplina dei contratti attivi e passivi è contenuta nel Regio Decreto 18/11/1923, n. 2440, artt. 3 e segg. ed entrambe le tipologie sono state oggetto di ripetuti interventi normativi.

In particolare i contratti passivi in materia di appalto hanno suscitato come noto una continua attenzione del legislatore, espressasi in numerose leggi e ben due recenti codificazioni, entrambe più volte rimaneggiate (D. Lgs n. 163/2006 sostituito dal D. Lgs n. 50/2016, oggi vigente, di seguito anche Codice dei contratti).

Cionondimeno il RD n. 2440/1923 non risulta abrogato e quindi è tuttora vigente.

Esso stabilisce che i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato devono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata (art. 3).

L'applicabilità dell'art. 3 o almeno dei principi ivi stabiliti ai contratti attivi non solo dello Stato, ma della P.A., in generale, è stata affermata da una costante giurisprudenza amministrativa, secondo la quale i contratti attivi delle pubbliche amministrazioni (ivi comprese le amministrazioni comunali e le articolazioni) devono essere preceduti da pubblici incanti, non senza sottolineare che, in casi di motivata necessità o urgenza, o di incanto deserto, l'amministrazione può far ricorso alla trattativa privata, che è comunque strumento di scelta del contraente di natura eccezionale, perché derogatorio rispetto ai sistemi, di valenza generale, fondati sulla regola della gara pubblica³.

In sostanza, nelle operazioni comportanti un'entrata per la PA, la normativa del 1923 prevede il preventivo svolgimento di procedure a evidenza pubblica, senza indicarne

³ cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 09/07/2013, n. 3617. Si veda al riguardo anche la giurisprudenza dei Tar: la regola del procedimento di evidenza pubblica s'impone ogni volta che l'attività amministrativa comporti il trasferimento di risorse pubbliche e, dunque, anche nel caso di contratti attivi da cui, cioè, derivi un'entrata per l'Amministrazione: si tratta di un principio risalente alle disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato ex art. 3, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 che, a garanzia del maggiore vantaggio per l'Amministrazione e degli stessi diritti di accesso dei privati alle commesse ed ai beni pubblici, assoggetta indistintamente alle regole di selezione del contraente sia i contratti che determinino spesa a carico dell'erario, sia quelli da cui derivino entrate (TAR Piemonte, sez. I, 18/12/2015, n. 1749; cfr. anche T.A.R. Basilicata, sez. I, 06/04/2012, n. 165). Ancora: "I contratti dai quali alla P.A. derivi un'entrata (i c.d. contratti attivi) devono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che sussistano le condizioni legittimanti il ricorso alla trattativa privata, strumento di scelta del contraente avente natura eccezionale, in quanto derogatorio rispetto ai sistemi, di valenza generale, fondati sulla regola della procedura concorrenziale; tale regola trae conforto per le Amministrazioni statali nell'art. 3, comma 1, della l. n. 2440/1923 e, con specifico riferimento all'alienazione degli immobili dello Stato, nell'art. 3, comma 1, della l. n. 783/1908. Per gli Enti locali, principi in tutto analoghi sono affermati dall'art. 12, comma 2, della l. n. 127/1997." (T.A.R. Veneto, sez. I, 05/09/2018, n. 875).

una particolare modalità, e comunque fa salva, in alcune e motivate fattispecie, la possibilità di procedere alla licitazione ovvero, se ne sia ritenuta la necessità, alla trattativa privata.

In tale quadro normativo dei contratti attivi, oggi peraltro evolutosi (come vedremo nel prossimo paragrafo), il Consiglio di Stato ha avuto modo di stabilire che le società a partecipazione pubblica sono sottratte agli obblighi contenuti nella normativa in materia di contabilità pubblica, e in particolare a quelli discendenti dall'art. 3 RD n. 2440/1923, salvo solo uno spontaneo autovincolo del soggetto procedente⁴.

I.b - I contratti attivi nel vigente quadro normativo

Il D.Lgs. n. 56/2017, correttivo del Codice dei contratti, ha novellato il primo comma dell'art. 4 del D.Lgs. 50/2016, introducendovi il richiamo ai "contratti attivi" nei termini appresso trascritti:

"l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".

Risulta chiara con ciò la innovativa volontà del legislatore di estendere espressamente e in via generale i principi predetti ai contratti attivi, pur non regolati di per sé dal D.Lgs. n. 50/16, e ciò con una disposizione nuova, non contenuta nel precedente D.Lgs 163/2006 né altrove.

Si tratta dei principi provenienti dal diritto eurounitario, illustrati ampiamente dall'Anac, seppure ad altri fini.⁵

L'art. 4 del D.Lgs. 50/2016, comunque, si limita a richiamare i principi ma non impone modalità tipizzate di affidamento e non detta norme procedurali specifiche.

⁴ Si legge nella pronuncia sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554 che "la società per azioni (...), anche se qualificabile come organismo di diritto pubblico (come ritenuto dal TAR) o come impresa pubblica ai sensi dell'art. 2, comma 2, del D. L.vo n. 358/1995, (come sostenuto dall'appellante) non è neppure tenuta ad applicare le procedure ad evidenza pubblica di cui alla normativa sulla contabilità generale dello Stato (R. D.18.11.1923 n. 2240 e R.D. 23.5.1924 n. 827) che riguardano solo le Amministrazioni statali e gli Enti pubblici per i quali ne è stata prevista l'estensione per effetto di norme specifiche (V. per gli Enti locali l'art. 56 L. 8.6.1990 n. 142 e per gli Enti pubblici parastatali l'art. 55 del D.P.R. 27.2.2003 n. 97). Né risultano adottate al riguardo specifiche norme regionali".

⁵ Le linee guida Anac n. 4, dedicate ai contratti sotto soglia, li descrivono come segue: - economicità, ossia l'uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto; - efficacia, cioè la congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati; - tempestività, ovvero l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni; - correttezza, ossia una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione; -libera concorrenza, ossia effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati; - non discriminazione e parità di trattamento degli operatori economici, con conseguente valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione; - trasparenza e pubblicità, che riguarda la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure; proporzionalità, ossia l'adeguatezza e idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento; - sostenibilità energetica ed ambientale, che attiene alla previsione nei bandi di gara clausole e specifiche tecniche che contribuiscano al conseguimento degli obiettivi ambientali ed energetici. Va peraltro anche tenuto in considerazione il principio di rotazione.

Macerata

In sostanza, i contratti attivi sono esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti (come affermato anche da giurisprudenza nazionale e comunitaria⁶), ma non dai principi generali richiamati nella disposizione in commento.

Ciò conferma fra l'altro la già acquisita necessità di svolgere una procedura a evidenza pubblica, che non coincide con una gara aperta⁷, ma esige il rispetto dei principi immanenti all'ordinamento e richiamati dalla norma, i quali finiscono per coincidere a nostro avviso con le procedure disciplinate dal RD n. 2440/1923, secondo la sopra delineata scansione di regola (gara aperta) ed eccezione (trattativa privata).

Pertanto, in caso di contratti attivi, la PA ha il potere di adottare discrezionalmente una determinata procedura o un'altra, nel rispetto dei principi predetti.

Va posto in risalto che non è neppure negata la possibilità di ricorrere alla licitazione o alla negoziazione privata, sicché l'art. 4 del D.Lgs. 50/16 non appare in contrasto con l'art. 3 del regio decreto del 1923.

Anzi, come vedremo *infra*, è possibile affermare che con l'art. 4 del D.Lgs. 50/16 e ancor di più con l'art. 10, comma 1 del D.Lgs. 175/2016, ricompaiono per i contratti attivi (inclusa la cessione di partecipazioni societarie) precetti di contenuto analogo o comunque non in contrasto con quelli risalenti al RD n. 2440/1923.

Resta fermo in ogni caso il principio (imposto anche normativamente dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990) che la PA o altri soggetti equiparati a tali fini devono adeguatamente motivare gli atti deliberativi, allo scopo di dimostrare che le scelte procedurali soddisfano in concreto le regole di azione desumibili dai principi di cui all'art. 4 del D.Lgs. 50/16.

I.c - L'acquisto di partecipazioni - contratti passivi o di spesa

Prima di entrare nel merito della disciplina delle società partecipate, va ora accennato in linea generale al tema dell'acquisto di beni da parte della P.A., che si differenzia da quello della vendita appunto perché si tratta di un contratto di spesa.

Ebbene, in via di principio i contratti di spesa sono disciplinati dal Codice dei contratti, ove riconducibili a una specifica categoria unitaria (di enorme rilevanza) che è quella di appalti e concessioni aventi ad oggetto sia la esecuzione di lavori, sia l'acquisto di beni e servizi da parte della P.A. (art.1 d.lgs 50/16), incluse le «forniture» di «prodotti» (art. 3, c. 1 lett. tt D.Lgs. 50/16).

⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 29.03.2018 n. 1997: “anche secondo il diritto europeo i contratti attivi non sono assoggettati alle direttive in materia di pubblici appalti (v. C. giust. UE 6 maggio 2010, in cause riunite C-145/08 e C-149/08; id., 25 marzo 2010, in C-451/08)”. Si riporta uno stralcio della giurisprudenza della CGUE testé richiamata: “la cessione di azioni ad un offerente nell'ambito di un'operazione di privatizzazione di un'impresa pubblica non rientra nelle direttive in materia di pubblici appalti”. In particolare, tenuto conto della specifica fattispecie sottoposta al suo esame, la Corte afferma che “un contratto misto il cui oggetto principale sia l'acquisizione da parte di un'impresa del 49% del capitale di un'impresa pubblica e il cui oggetto accessorio, indissolubilmente connesso con tale oggetto principale, verta sulla fornitura di servizi e sull'esecuzione di lavori non rientra, nel suo insieme, nell'ambito dell'applicazione delle direttive in materia di pubblici appalti”.

⁷ Lo stesso art. 59 del D.Lgs 50/16 che indica le procedure di scelta del contraente per i contratti assoggettati al Codice dei contratti, vi elenca le procedure aperte o ristrette, previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara, come anche il partenariato per l'innovazione, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo e la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Ai fini della applicazione del Codice, per quanto riguarda i beni mobili (nel cui novero rientrano le quote: beni mobili immateriali⁸, e le azioni societarie: beni mobili e titoli di credito causali), il loro acquisto deve essere riconducibile alla tipologia contrattuale di “appalto” o “concessione”, avente ad oggetto non lavori o servizi bensì la “fornitura” di “prodotti”.

Non occorre entrare nel merito di questioni di per sé molto dibattute per rilevare che l’acquisto di una partecipazione societaria è un negozio di norma non qualificabile appalto o concessione e neppure qualificabile fornitura giacché si realizza *uno actu*, istantaneamente, e non ha ad oggetto un prodotto ma un bene particolare e predeterminato.

Sulla peculiare materia degli acquisti di beni da parte della P.A. il legislatore è intervenuto in materia di immobili con l’art. 12 del DL 98/2011, convertito in legge n. 111/2011 e novellato dall’art.1, comma 138, della L. n. 228/2012, imponendo vincoli di spesa, di necessità e di prezzo, inapplicabili agli enti locali a decorrere dal 2020⁹, per quella che comunque è confermato essere una scelta di merito della P.A.

Per i beni mobili, al di fuori delle forniture di prodotti puntualmente regolate dal Codice dei contratti e in mancanza di altra normativa specifica, è giocoforza risalire ancor oggi direttamente al RD n. 2440/1923, che agli artt. 3 e 6 prevede una disciplina analoga a quella dei contratti di entrata: gara oppure in casi eccezionali trattativa privata debitamente motivata.

Come si vede, in base al diverso percorso argomentativo qui svolto si finisce col tornare, in materia di simili contratti di spesa e tanto più per gli enti locali, alla medesima fonte normativa cui eravamo pervenuti per i contratti attivi.

II. La vigente disciplina delle partecipazioni societarie

Tratteggiato il contesto normativo generale, che tornerà utile per alcune articolazioni della successiva trattazione, va ora messa a fuoco la specifica tematica delle partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni.

Esse sono attualmente disciplinate dal D.Lgs. 175/2016, emanato a seguito della delega conferita al Governo con l’art. 18 della legge 7 agosto 2015 n. 124 (c.d. legge Madia).

Nella Relazione Illustrativa allo stesso sono individuati gli scopi e gli obiettivi, ossia in sintesi “assicurare la chiarezza delle regole, la semplificazione normativa e garantire la tutela e promozione del fondamentale principio della concorrenza” (pag. 1 della Relazione Illustrativa)¹⁰.

II.a - Ambito di applicazione

A norma degli artt. 1 e 2, il D.Lgs. 175 è applicabile a tutte le “pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del

⁸ Vedasi la sentenza ampiamente motivata del Tribunale civile di Milano 22 dicembre 2017 n. 12974.

⁹ Ai sensi dell’art. 57 c. 2 del DL 124/2019, convertito con L. 157/2019, a decorrere dall’anno 2020 l’art. 12 del DL n. 98/2011, convertito in legge n. 111/2011 e ss.mm.ii. non si applica a Regioni, Province autonome di Trento e di Bolzano, enti locali e loro organismi ed enti strumentali, come definiti dall’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, nonché ai loro enti strumentali in forma societaria.

¹⁰ A pag. 1 della Relazione Illustrativa si legge che “la necessità di operare una generale semplificazione e stabilizzazione normativa è prodromica alla effettiva attuazione delle regole in materia di partecipazioni e, conseguentemente, al migliore utilizzo delle risorse pubbliche, anche mediante la rimozione delle fonti di spreco”.

2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale”¹¹; inoltre, si applica “solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera p), nonché alle società da esse controllate”.

Quindi tale normativa non è direttamente applicabile alle società partecipate dagli enti pubblici dal punto di vista soggettivo, cioè si riferisce non a tali Società quali soggetti detentori di partecipazioni, bensì propriamente dal punto di vista per dir così oggettivo, facendone oggetto di disciplina positiva, ossia dettando talune norme per la loro costituzione, il loro funzionamento e la loro gestione da parte di quegli enti pubblici cui la norma soggettivamente si riferisce ai sensi dei citati artt. 1 e 2.

Il novero soggettivo dei destinatari della normativa è insomma più ristretto di quello dei destinatari ad esempio del D.Lgs. n. 50/2016, la cui ben maggiore ampiezza è agevolmente percepibile anche solo scorrendo le definizioni dell’art. 3, che fra l’altro qualifica «organismo di diritto pubblico», qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell’allegato IV.

Il Codice dei contratti, come abbiamo visto, accenna ai contratti attivi (fra cui rientrano le dismissioni), sia pure solo per richiamare la applicazione di determinati principi, non anche a quelli passivi non costituenti appalto, come sono in generale le acquisizioni di quote¹².

Specifiche norme del Codice delle società a partecipazione pubblica disciplinano invece specificamente quanto segue, con riguardo ai soggetti cui si applica:

- la costituzione di società a partecipazione pubblica (art. 7);
- l’acquisto di partecipazioni in società già costituite (art. 8);
- la gestione delle partecipazioni pubbliche (art. 9);
- l’alienazione delle partecipazioni sociali (art. 10).

II.b - La disciplina dell’alienazione delle partecipazioni nel D.Lgs. 175/2016

Nel disciplinare l’alienazione delle partecipazioni, l’art. 10 del D.Lgs. 175/16 fa riferimento alle partecipazioni sociali delle amministrazioni pubbliche ma non disciplina espressamente (anche) l’ipotesi delle partecipazioni indirette, ossia le partecipazioni detenute da amministrazioni pubbliche (nella cui nozione, per quanto sin qui esposto, non rientrano in linea di massima le società pubbliche), per il tramite

¹¹ Art. 1, c. 2 del D.Lgs. 165/2001: “per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l’Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI”.

¹² Il che non toglie che esso contenga disposizioni pro-concorrenziali in materia di scelta del socio privato, confermate dal D.Lgs. n. 175/16 (vedasi la necessità della procedura di evidenza pubblica per la individuazione di un socio-partner per la costituzione di una società ex art. 7 comma 5 o per la gestione di un servizio pubblico ex art. 17 comma 1, entrambi i quali richiamano l’art. 5 comma 9 del Codice dei contratti avente analogo contenuto).

appunto di società o altri organismi soggetti a controllo da parte dell'amministrazione medesima.

In mancanza di riferimento espresso, un'interpretazione ragionevole propenderebbe per l'esclusione delle partecipazioni indirette da tale disciplina (restando sempre applicabili i principi generali, come appresso si vedrà).

Autorevole dottrina nel commentare tale norma ha tuttavia posto in risalto che “con riferimento alla delimitazione oggettiva dell'ambito di applicazione dell'art. 10 t.u.s.p.p., anche al fine di non disattendere gli obiettivi di politica legislativa perseguiti dal legislatore, è necessario propendere per l'interpretazione estensiva del termine ‘partecipazione’, comprensiva di quelle indirette”¹³.

E' ben vero che l'art. 1 del D.Lgs. 175/16 fa riferimento alla costituzione di società, nonché all'acquisto, al mantenimento e alla gestione di partecipazioni da parte delle amministrazioni pubbliche “in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta”: trattandosi di una norma generale, secondo tale dottrina, è sostenibile che, ai fini della applicazione delle norme sulla alienazione, sia indifferente la tipologia di detenzione (diretta o indiretta) della titolarità e di controllo (diretto o indiretto) esercitato sull'organismo societario.

Tale interpretazione estensiva dell'art. 10 promana dalla giusta esigenza di non lasciare indeterminata la disciplina della cessione di quote delle partecipazioni indirette, ma sembra implicare talune forzature interpretative a nostro avviso non necessarie.

La prima forzatura è di tipo letterale.

L'art. 10 comma 1 richiama l'art. 7 comma 1 (che individua l'organo competente a deliberare negli enti cui soggettivamente si applica il Codice), con ciò mostrando di riferirsi a tali Enti e non ad altri.

Ma soprattutto l'art. 10 comma 3 prescrive l'inefficacia dell'alienazione in caso di mancanza o nullità di un atto deliberativo avente a oggetto l'alienazione, il che ragionevolmente andrebbe riferito, per le partecipazioni indirette, non all'atto deliberativo dei soci, bensì *de plano* all'atto deliberativo dell'organo sociale della società titolare della partecipazione.

Occorre infatti considerare che la competenza e legittimazione a disporre l'alienazione della partecipazione indiretta a norma del codice civile (titolo V, sezione III, artt. 2475 e segg.) appartiene non all'organo deliberativo del socio controllante la società, ma all'organo deliberativo della società che detiene la partecipazione stessa.

Emerge allora quella che sembra costituire la seconda forzatura, di ordine sistematico: la tesi che afferma la estensione dell'art. 10 alle società partecipate, non potendo negare la competenza dell'organo societario, non si sottrae al problema di definire le conseguenze di una carente deliberazione degli Enti soci, giacché nell'ottica del Codice delle società a p.p. la mancanza o invalidità (così si esprime il

¹³ “Codice delle Società a partecipazione pubblica” a cura di Giuseppe Morbidelli, Giuffrè Editore, Milano, 2018, pag. 278. In questo senso anche Corte dei conti, Sez. Reg. contr. Lombardia, 29 gennaio 2019, n. 8/2019/PAR: “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. L'ambito di applicazione della disciplina in parola riguarda sia le partecipazioni dirette sia quelle indirette, stante il generico utilizzo del termine “partecipazioni”, senza alcuna specifica espressa esclusione da parte del Legislatore di una delle due tipologie”.

Macerata

comma 3 dell'art. 10) della delibera dell'organo dell'Ente socio (che in tesi si assumerebbe necessaria) produce un effetto paralizzante (inefficacia) sull'atto negoziale.

Facendosi carico delle gravità di tali conseguenze, la tesi in esame giunge ad invocare il principio di stabilità e di insensibilità degli atti societari, principio dal quale deriva che essa produrrebbe un non meglio precisato effetto paralizzante (inefficacia) solo sull'atto negoziale della stessa Amministrazione pubblica e non sugli atti che la Società partecipata abbia posto in essere nei rapporti con i terzi¹⁴.

Sul piano pratico, tale scelta interpretativa comporta una non meno grave complicazione per la operatività della partecipata, nel momento in cui essa va a disporre delle sue partecipazioni, se fosse davvero necessario subordinare la dismissione alle delibere di una congerie indeterminata di Enti-soci, tanto più nel caso di partecipazioni a cascata e molto frazionate.

Ne consegue che risulta possibile e, anche per evitare le descritte incongruenze, a nostro avviso preferibile un diverso raccordo fra le varie pertinenti disposizioni del Codice delle società a p.p., nel senso cioè di ritenere che:

a) per la dismissione della partecipazione, il Codice delle società a p.p. non mostra di voler derogare al principio di fondo che la volontà degli Enti soci si esprime mediante la partecipazione dei loro rappresentanti alla delibera dell'assemblea o dell'organo amministrativo di cui fanno parte, secondo gli ordinari principi civilistici richiamati dall'art. 1 comma 3 e secondo i principi di responsabilità dei medesimi rappresentanti fissati dall'art. 12;

b) mancando una deroga espressa agli ordinari principi in materia societaria, in forza dell'art. 1 comma 3 del Codice delle società a p.p. è doveroso applicare le norme civilistiche e la cessione delle partecipazioni indirette avviene secondo l'ordinario regime, ossia abbisogna per la sua validità ed efficacia della sola delibera dell'organo sociale;

c) l'organo sociale dal canto suo è tenuto ad esercitare i propri poteri in materia di dismissione nel rispetto dei principi applicabili alle imprese pubbliche (quali le società controllate) ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. n. 50/2016, in pratica cioè (per le ragioni esposte nel precedente esame del contesto normativo generale) secondo le procedure previste dal RD n. 2440/1934 (con la gara come regola e la trattativa privata come ben circoscritta eccezione);

d) la volontà (degli organi competenti) degli Enti soci della controllante in ordine alla dismissione può trovare in linea di principio la sua sede naturale nel procedimento disciplinato dall'art. 20 (intitolato "Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche"), laddove le amministrazioni pubbliche effettuano annualmente, con proprio provvedimento, l'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, analisi non a caso espressamente estesa dal relativo comma 1 alle partecipazioni dirette e a quelle indirette; è certamente raccomandabile che in tale sede la cessione sia stabilita in via preventiva o comunque (e quanto meno) recepita a posteriori¹⁵;

¹⁴ *Ibidem* pag. 295; di tale principio è espressione ad esempio anche l'art. 9 comma 6 del Codice delle società a p.p.

¹⁵ Ciò anche al fine di prevenire eventuali problematiche sanzionatorie (riferibili ad esempio all'art. 20 comma 7 del DPR n. 175/2016) o risarcitorie di danno erariale.

e) nel caso di società di secondo livello che cede le partecipazioni di una società di terzo livello (una sua partecipata o controllata), naturalmente, le considerazioni svolte al punto d) vanno estese con gli opportuni adattamenti anche alla fase della deliberazione di cessione degli organi amministrativi della controllante di primo livello.

Seguendo la linea interpretativa qui ritenuta preferibile, si perviene ad assicurare un regime procedurale alle dismissioni delle partecipazioni indirette simile a quello dell'art. 10, senza giungere a ritenere la tassativa necessità di una previa delibera dell'ente socio, per poi concludere che la sua mancanza però, secondo la richiamata dottrina da noi non condivisa, dovrebbe ritenersi irrilevante in concreto.

Va comunque osservato che una tale deliberazione dell'Ente in ordine alla cessione, assunta in via preventiva o postuma, in sede di razionalizzazione periodica o autonomamente, ove sussistente, certamente avrebbe la funzione di esplicitare la coerenza fra la volontà dell'Ente e l'operato dei suoi rappresentanti all'interno della società partecipata e comunque, nell'incertezza interpretativa che permane, come sin qui illustrato, di rimuovere ogni possibile problematica che potesse essere sollevata *a posteriori* in ordine alla efficacia della cessione.

III. Le procedure e le regole applicabili alla dismissione di partecipazioni sociali

Sulla scorta di quanto sopra esposto, per individuare gli adempimenti necessari da porre in essere, le procedure da seguire e le regole applicabili per la dismissione / cessione delle partecipazioni sociali, occorre distinguere due ipotesi.

III.a - Se al soggetto cedente è applicabile il D.Lgs. 175/2016

Nel caso di Ente assoggettato al d.lgs 175/2016, gli adempimenti, la procedura e le regole per la dismissione di partecipazioni societarie sono quelle stabilite dall'art. 10 e dal richiamato art. 7, comma 1.

In sostanza:

- occorre che l'organo deliberativo della pubblica amministrazione delibere l'operazione di dismissione (alienazione o costituzione di vincoli) delle partecipazioni sociali secondo le modalità di cui all'art. 7, comma 1;
- l'alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione;
- in casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente; la norma è coerente sul punto con il RD n. 2440/1923, ma circonda la negoziazione diretta (*alias* trattativa privata) di particolari cautele, che sono appunto quelle testé riportate, ossia "deliberazione motivata dell'organo competente" ed esplicitazione della "convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento al prezzo di vendita"; tali cautele si risolvono in requisiti di legittimità della operazione stessa, la cui (in)sussistenza in concreto è sindacabile per eccesso di potere, e devono essere

tenute in massima considerazione dell'organo competente, anche in ragione della nota prudenza del legislatore e della giurisprudenza in materia¹⁶;

- la mancanza o l'invalidità dell'atto deliberativo avente a oggetto l'alienazione della partecipazione rende inefficace l'atto di alienazione della partecipazione.

Per quanto riguarda il tema delle partecipazioni indirette, rinviamo al precedente paragrafo II.

III.b – Se al soggetto cedente non è applicabile il D.Lgs. 175/2016

Se invece il soggetto che intende dismettere le partecipazioni sociali non rientra nell'ambito di applicazione del D.Lgs. 175/16, allora si applica l'art. 4 del D.Lgs. n. 50/2016 con i principi ivi richiamati, che di fatto a loro volta coincidono con quelli del RD n. 2440/1923.

Anche in questo caso, il soggetto cedente non è tenuto a svolgere una gara aperta, ma adotta una procedura di evidenza pubblica con cui procede alla dismissione della partecipazione sociale.

Sul piano sostanziale, insomma, le due normative sono ampiamente sovrapponibili.

IV. Le procedure e le regole applicabili alla acquisizione di partecipazioni sociali

In tema di acquisizione delle partecipazioni sociali, è certo che alle pubbliche amministrazioni si applicano la procedura e le regole stabilite dall'art. 8 D.Lgs. 175/16, nonché quelle ivi richiamate (artt. 7, commi 1 e 2, art. 5, comma 1 e art. 4, comma 4).

In sostanza, occorre una delibera dell'organo competente ai sensi dell'art. 7, commi 1 e 2. L'atto deliberativo, considerato il richiamo all'art. 5, comma 1, e all'art. 4, deve essere "analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria¹⁷, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato".

Inoltre va segnalato che l'art. 4, comma 5 dispone il divieto per le società "di cui al comma 2, lettera d), controllate da enti locali, di costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni in società. Il divieto non si applica alle società che hanno come oggetto sociale esclusivo la gestione delle partecipazioni societarie di enti locali, salvo il rispetto degli obblighi previsti in materia di trasparenza dei dati finanziari e di consolidamento del bilancio degli enti partecipanti".

V. Considerazioni conclusive: generale assoggettamento dell'acquisto e dismissione delle partecipazioni pubbliche ai principi pubblicistici

Alla luce di quanto esposto, per i contratti di acquisto o dismissione delle partecipazioni sociali indirette, riaffiorano in capo alla società che le detiene (partecipata o controllata della p.a.) i precetti di gara pubblica come regola e trattativa privata come ben circoscritta eccezione, scaturenti dal RD n. 2440/1923,

¹⁶ Ciò emerge anche nel procedimento di formazione del D.Lgs. n. 175/16, come non manca di rilevare la dottrina, vedasi ad esempio Morbidelli, *op. cit.*, pagg. 289-290); per la giurisprudenza in generale, vedasi la nota successiva.

¹⁷ L'inciso "e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegate" è stato rimosso dall'articolo 6, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 16 giugno 2017 n. 100.

Macerata

precetti che trovano espressione normativa autonoma nel D.Lgs. n. 175/16 per le acquisizioni e dismissioni disposte dagli Enti cui questo si applica e si estendono agli altri soggetti pubblici per consolidata elaborazione giurisprudenziale, oggi avvalorata dal richiamo ai contratti attivi contenuto nel novellato art. 4 del D. Lgs. n. 50/16, riferibile anche alle imprese pubbliche.

Gli artt. 3-4-6 del RD n. 2440/1923, richiamati in precedenza, richiedono di svolgere una procedura a evidenza pubblica e ammettono anche la trattativa diretta, in caso di necessità e previa adeguata motivazione, sia per i contratti attivi che per quelli passivi.

Non a caso, a tutela del principio di concorrenza e della trasparenza nell'agire amministrativo, la normativa unieuropea e il D.Lgs. n. 50/2016 in materia di appalti restringono fortemente la sfera di applicazione della trattativa privata, rinominata procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando¹⁸.

Va detto comunque che in particolari materie (vedasi l'acquisto degli immobili o appunto le partecipazioni societarie) non si tratta di accedere al mercato né di tutelare la concorrenza, ma di compiere singole e particolari operazioni che nella loro individualità sono motivatamente ritenute opportune per il perseguimento dei fini del soggetto pubblico operante, tanto più quando questo, come nel caso delle società partecipate, è un imprenditore sia in senso soggettivo, sia (al di fuori dei servizi pubblici affidati direttamente) in senso oggettivo.

Una fondamentale conferma, implicita quanto inequivocabile, di tale peculiarità proviene proprio dall'art. 10 del D.Lgs. 175/16, laddove prevede che in casi eccezionali l'alienazione, in presenza di una delibera motivata dell'organo competente che dia atto (non di una stringente necessità, ma) della convenienza economica dell'operazione con particolare riferimento al prezzo di vendita, può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente.

Per tal via si raccordano in una sostanziale unitarietà di principi e regole operative, ma senza forzature interpretative del Codice della società in p.p., le due fattispecie: cessione da parte degli Enti soci di quote sociali detenute in titolarità diretta, cui si applicano soggettivamente e direttamente le disposizioni specifiche del Codice, e

¹⁸ Con riferimento agli appalti pubblici, è stato affermato che “il ricorso alla trattativa privata ex art. 57 comma 2 lett. b), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 deve considerarsi un'assoluta eccezione al principio generale della massima concorrenzialità, di guisa che i presupposti indicati dalla norma per la ammissibilità di tale procedura devono essere interpretati con il massimo rigore” (T.A.R. Piemonte, sez. II, 06/05/2016, n. 632). Analogamente, con riferimento al nuovo Codice dei contratti: “si ribadisce il consolidato orientamento giurisprudenziale, nazionale e sovranazionale, secondo il quale, data l'eccezionalità dell'affidamento diretto ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, in parte derogatorio dei principi di concorrenza e massima partecipazione che governano le procedure ad evidenza pubblica, occorre una rigorosa e restrittiva interpretazione dei presupposti giustificativi della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando.” (Consiglio di Stato VI 13/06/2019 n. 3983). Anche con riguardo ai contratti attivi, si veda quanto esposto nel precedente par. I.a e nella nota Va segnalato per doverosa completezza che prima il D.L. n. 76 del 16 luglio 2020 (decreto semplificazioni), convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120, e poi il D.L. n. 77 del 31 maggio 2021 (decreto semplificazioni *bis*), convertito, con modificazioni, dalla Legge 29 luglio 2021, n. 108, sembrano indicare un mutamento di indirizzo al riguardo, generalizzando (con diverse gradazioni) la ammissibilità sotto soglia della negoziazione senza pubblicazione di bando, indirizzo che per ampiezza e durata di applicazione della normativa (prolungata, dal decreto semplificazioni *bis*, fino al 30/06/2023) appare frutto di una scelta di principio, solo in parte riferibile al contesto della emergenza COVID.

Macerata

cessione di quote sociali detenute da una partecipata (quindi in titolarità indiretta degli Enti pubblici), cui si applicano non direttamente tali norme ma (trattandosi di imprese pubbliche) i principi dell'art. 4 del d.lgs 50/16 e in definitiva il RD n. 2440/1923.

Tale assetto normativo in entrambe le fattispecie prevede l'evidenza pubblica e consente la trattativa privata in determinati casi e su determinati presupposti, come sopra accennati, circondandola di precise cautele sostanziali e procedurali.

Si ritiene che tale assetto non muti in ragione delle varie possibili qualificazioni della natura della società interessata (partecipata, controllata, *in house*).

Se si tratta di società in partecipazione diretta, agli Enti detentori che appartengono alle categorie ivi stabilite si applicano le norme del D.Lgs. n. 175/16 sopra citate, fra cui ad esempio gli artt. 7, 8 e 10, che disciplinano lo svolgimento dei relativi procedimenti da parte di tali Enti.

Per converso, se si tratta di partecipazione indiretta, gli (analoghi) adempimenti prescritti alla società cedente (o acquirente) sono quelli dell'art. 4 del D.Lgs. n. 50/16 se la società è qualificabile come impresa pubblica (tanto più se soggetta a controllo o addirittura a controllo analogo) e comunque quelli dei contratti attivi e passivi della p.a., pure in precedenza ampiamente illustrati.

Per www.italiaius.it

24 dicembre 2021