

I presupposti dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nel Testo unico delle società partecipate

Pietro Algieri

Il contributo analizza le stringenti disposizioni previste dal Testo unico delle società pubbliche inerenti il diritto d'esistere degli organismi partecipati dalle amministrazioni. Rispetto al passato, infatti, è necessario che lo strumento societario, tra le varie alternative gestionali di cui dispone l'ente, sia indispensabile per l'esercizio efficiente della funzione pubblica. L'efficienza, in particolare, subisce una profonda trasformazione e da principio astratto, riferito esclusivamente all'azione amministrativa, diventa criterio imprescindibile sia in sede di scelta organizzativa, sia come parametro valutativo per il mantenimento della partecipazione pubblica.

1. *Premessa ed inquadramento dell'indagine*

Tra gli obiettivi di riforma perseguiti dal Testo unico delle società contrassegnate dalla partecipazione di un'amministrazione pubblica, la disciplina dettata dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 rappresenta, senza ombra di dubbio, quello di maggiore impatto, ed offre spunti per un'accurata riflessione sulla facoltà delle amministrazioni di avvalersi degli strumenti societari¹. Le disposizioni, prevedendo rispettivamente la correlazione tra attività pubblica e societaria e l'onere di motivazione rafforzata del provvedimento prodromico al ricorso allo schema privatistico, introducono stringenti requisiti legittimanti l'autonomia negoziale delle amministrazioni sul piano della costituzione; del mantenimento e dell'acquisizione di partecipazioni societarie in organismi già costituiti, incidendo, quindi, sul diritto d'esistere delle società pubbliche. Ciò, nell'ottica dell'efficiente gestione delle partecipazioni, della tutela e promozione della concorrenza

¹ Cfr. G.A. PRIMERANO, *Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2018, p. 771.

e del mercato (art. 1, comma 2 Testo unico)². La previsione di condizioni imprescindibili per l'esercizio dell'autonomia negoziale dell'ente è emblematica del radicale cambiamento d'atteggiamento del legislatore nei confronti delle società pubbliche. Da un'iniziale tendenza, soprattutto negli anni '90 del secolo scorso, generale all'esternalizzazione³, alla

² Questi obiettivi vengono raggiunti anche grazie ai provvedimenti di riassetto delle partecipazioni detenute dagli enti, che impongono la costante verifica da parte delle amministrazioni in merito alla sussistenza del nesso di strumentalità tra lo strumento societario e il perimetro dei compiti istituzionali dell'ente partecipante. Il legislatore del Testo unico, attuando l'art. 18, comma 1, lett. b) della legge delega 124/2015, che imponeva la ridefinizione delle condizioni per il mantenimento delle partecipazioni societarie, al precipuo fine di razionalizzare complessivamente il sistema, ha previsto un procedimento di revisione ordinario (art. 20) e straordinario (art. 24) delle società in cui la pubblica amministrazione è titolare di una partecipazione diretta o indiretta.

³ La diffusione esponenziale delle società pubbliche che ha caratterizzato l'ultimo decennio del secolo scorso è dovuta all'attività legislativa impulsiva. Il primo intervento legislativo è la legge n. 142/1990, che, all'art. 142, introduce il modello della società per azioni a capitale pubblico di maggioranza tra i meccanismi di gestione dei servizi pubblici locali. Seguirono la legittimazione delle società a capitale pubblico locale di minoranza e la facoltà di assegnare alla società di gestione anche l'esecuzione dei lavori accessori ai servizi a mente dell'art. 12, l. n. 498 del 1992. La crescita delle partecipazioni pubbliche spinse il legislatore all'introduzione di forti incentivi relativi alla trasformazione delle aziende speciali in società per azioni (art. 17, comma 58, l. n. 127 del 1997) e successivamente alla definitiva soppressione delle prime in favore delle seconde (art. 35, l. n. 448 del 2001). Oltre agli interventi normativi generali, possono annoverarsi anche provvedimenti settoriali incentivanti, come la legge 28 dicembre 1995, n. 549, che disponeva l'esenzione fiscale triennale in favore delle nuove società. Il sintetico *excursus* normativo sopra riportato dà evidenza dell'approccio di favore del legislatore per lo strumento societario, che ha portato all'incontrollata proliferazione delle partecipazioni pubbliche, prescindendo dalle regole tipiche che governano la funzione pubblica. Iniziava a diffondersi la necessità di ripensare il modello societario adottato dagli enti pubblici, attraverso il contenimento dei costi e delle risorse collettive e la limitazione oggettiva delle partecipazioni stesse. Nel primo senso si mossero le finanziarie per il 2007 e per il 2008 (legge 27 dicembre 2006, n. 696; legge 24 dicembre 2007, n. 244) che introducevano per la prima volta limitazioni al compenso degli amministratori delle società degli enti locali, prevedendo come parametro di riferimento il compenso di Sindaci e Presidenti delle Province; definendo, inoltre, un numero massimo di componenti degli organi sociali, ed imponendo ai singoli enti una revisione delle partecipazioni e la dismissione di quelle non direttamente finalizzate alla soddisfazione dei fini istituzionali dei soci pubblici. Per quanto attiene alla limitazione dell'ambito operativo delle società, l'intervento più deciso fu quello dell'art. 13, d.l. n. 223 del 2006, che dispose il divieto di costituire o mantenere società incaricate contemporaneamente di gestire servizi verso terzi e attività per l'ente socio. Negli anni successivi, il legislatore è intervenuto con cadenza annuale, reiterando la politica della compressione dei compensi e della riduzione periodica delle partecipazioni. Sotto quest'ultimo profilo, si annoverano: 1) l'art. 1, comma 4 e l'art. 3, comma 1, lett. d) del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174 che ha attribuito alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti il compito di verificare che i rendiconti delle Regioni e degli enti locali tengano conto anche delle partecipazioni in società controllate e alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività regionale e locale e di servizi strumentali alla Regione e all'ente; 2) il comma 568-bis della legge n. 147/2013 (legge di stabilità 2014), il quale prevede una serie

duplice definizione di rigide regole inerenti la razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche, e di restringimenti nell'esternalizzazione o nel mantenimento di organismi societari per la gestione del servizio pubblico. Le ragioni di questo cambiamento si rinvergono nelle medesime motivazioni sottese alle esigenze di riforma perseguite con il Testo unico: ridurre la platea delle partecipazioni pubbliche prevedendo legislativamente i presupposti per l'utilizzo dello schema societario. Questa esigenza trae origine dall'utilizzo improprio delle società a totale o parziale partecipazione pubblica, che hanno gestito il servizio pubblico prescindendo dagli *standard* minimi richiesti per l'efficiente esplicazione della funzione pubblica. Infatti, se l'impiego dello strumento societario potrebbe giustificarsi con la maggiore efficienza che a questo è riconosciuto rispetto ai modelli procedimentali pubblici, è altrettanto vero che il diritto comune presenta maggiori margini di manovra che rischiano di compromettere l'efficienza del servizio. Nel nuovo assetto delineato dal Testo unico, si vuole evitare il ripetersi dei suddetti fenomeni di disservizio, e sono state introdotte disposizioni finalizzate a valorizzare il nesso di necessità funzionale tra le finalità istituzionali dell'ente e quelle della società. In questo scenario, il Testo unico ha previsto: a) una predeterminazione normativa dei presupposti e dei criteri che devono essere posti a base dei provvedimenti espressione dell'autonomia privata dell'ente (art. 4, commi 1 e 2; art. 5, comma 1); b) l'attribuzione della competenza agli

di incentivi fiscali alla possibilità di scioglimento o di alienazione (con procedura a evidenza pubblica in corso o deliberata entro e non oltre dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione) di società partecipate, direttamente o indirettamente, da pubbliche amministrazioni locali; 3) l'art. 29, comma 1-*ter*, del decreto-legge n. 98 del 2011, il quale dispone l'approvazione, da parte del Ministro dell'economia, previo parere del Comitato di consulenza globale e di garanzia per le privatizzazioni, su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, di uno o più programmi per la dismissione di partecipazioni azionarie dello Stato e di enti pubblici non territoriali; 4) l'art. 1, commi da 611 a 616, della legge n. 190 del 2014 (legge di stabilità per il 2015), facendosi in tal modo salva la disciplina dettata nella materia in esame dalla legge di stabilità 2015 medesima che, nel contesto di un processo teso alla razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie, ha previsto (in particolare ai commi 611-612) l'obbligo di presentazione da parte degli enti territoriali (Regioni, enti locali, camere di commercio, università ed autorità portuali) dei piani operativi di razionalizzazione, con l'obiettivo di conseguire la riduzione delle società, direttamente o indirettamente partecipate, esplicitando modalità e tempi di attuazione, entro il 31 marzo 2015, prevedendo contestualmente che entro il 31 marzo 2016 ciascun organo proprietario predisponga una relazione sui risultati conseguiti da trasmettere alla Corte dei conti.

organi di indirizzo politico-amministrativo (art. 7, comma 1); c) una specifica procedimentalizzazione, che prevede anche forme di consultazione pubblica (art. 5, comma 2); d) un onere di motivazione rafforzato, con imposizione di un'illustrazione analitica della decisione d'esternalizzare il servizio (art. 5, comma 1); e) il controllo successivo ed esterno della Corte dei conti e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'apposita struttura di controllo e monitoraggio istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze (art. 5, comma 3; art. 20, comma 3; art. 24, comma 1); f) conseguenze di inefficacia dei contratti conclusi a valle di provvedimenti dichiarati illegittimi (art. 7, comma 6; art. 8, comma 2; art. 10, comma 3).

2. La natura giuridica delle determinazioni amministrative

Prima di accingerci ad affrontare la tematica oggetto del presente contributo, giova soffermarsi sulla questione della natura giuridica delle determinazioni preliminari all'adozione dei successivi atti di competenza della società. Il nodo centrale della tematica discende dalla peculiarità delle deliberazioni predette, le quali, sebbene siano formalmente adottate dall'ente pubblico, non vengono emesse all'esito di un *iter* procedurale amministrativo ad efficacia esterna, ma rappresentano atti organizzativi esplicazione della volontà privatistica dell'amministrazione. Al riguardo, i molteplici interventi legislativi posti in successione temporale si contraddistinguono per l'omesso inquadramento dogmatico ingiustificato delle deliberazioni concernenti la costituzione o lo scioglimento di società a partecipazione pubblica ovvero l'acquisizione o la conferma di partecipazioni societarie. Ciò si evince chiaramente dalla formulazione letterale dell'art. 3, comma 27 ss. legge 24 dicembre 2007 n. 244, che si limitava a prevedere la correlazione tra funzione pubblica e oggetto sociale, nonché l'esposizione delle motivazioni che sorreggono la scelta organizzativa⁴. Dal connubio di detti requisiti, è stata prospettata la qualificazione di detti atti alla stregua di provvedimenti di macroorganizzazione di natura pubblicistica⁵. Questa ricostruzione ha trovato

⁴ Sull'obbligo di motivazione previsto dal previgente art. 3, comma 27, l. n. 244/07 si veda: Corte conti, sez. contr. Lombardia, 14 marzo 2011, n. 124/2011/PAR.

⁵ Corte conti, sez. contr. Lombardia, 16 aprile 2012, n. 126/2012/PRSE.

il consenso dalla giurisprudenza, che ha qualificato come prodromiche dette deliberazioni, prendendo come punto di riferimento le procedure ad evidenza pubblica, ritenute un modello procedimentale da replicare in tutte le fattispecie in cui l'ente si determini a formalizzare negozi giuridici di diritto privato. Veniva, dunque, prospettata un'assimilazione tra la delibera amministrativa autorizzativa alla costituzione della società pubblica e la determina a contrarre, ambedue espressione della volontà negoziale dell'ente e funzionali al perseguimento di finalità pubbliche⁶. Sulla base di dette coordinate, le deliberazioni amministrative si pongono in rapporto di presupposizione temporale consequenziale agli atti societari⁷. In senso critico alle conclusioni su esposte, è stato rilevato che la mera adozione da parte di un ente pubblico della delibera preliminare alla formalizzazione degli atti societari, non è sufficiente per qualificarli come pubblicistici, essendo necessario, in conformità al principio di legalità, una disposizione legislativa che li qualifichi espressamente⁸. In siffatto contesto, si inserisce il Testo unico, che ha introdotto il principio di tassatività delle deliberazioni prodromiche, ma, al pari della disciplina previgente, ha ommesso di specificarne la natura giuridica, lasciando all'interprete il compito di determinarne l'inquadramento dogmatico⁹. Il Testo unico, se, da un lato, conferisce la competenza ad adottare tali deliberazioni agli organi di indirizzo politico (art. 7), evidenziando,

⁶ Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10; Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8392. Conformemente Cons. St., Ad plen., 5 maggio 2014, n. 13. In senso opposto, Cass., SS.UU., 14 settembre 2017, n. 21299.

⁷ Il rapporto di presupposizione è un istituto già noto nel diritto amministrativo, e può rinvenirsi nelle seguenti fattispecie: a) la determinazione dell'amministrazione pubblica e il successivo accordo con un soggetto privato *ex art.* 11, legge n. 241/1990; b) tra gli atti di macro-organizzazione e gli atti di micro-organizzazione o di gestione dei rapporti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni; c) tra atti del procedimento di evidenza pubblica e contratto di diritto privato.

⁸ Cfr. A. MALTONI, *Gli atti "prodromici" delle p.a. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate: una categoria da definire. Considerazioni in tema di limiti dell'autonomia negoziale delle p.a.*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2013, p. 151 ss.

⁹ Cfr. A. MALTONI, *Il regime giuridico degli atti deliberativi prodromici delle pubbliche amministrazioni nel Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Mumus*, 3, 2018, p. 890. Nello specifico, l'Autore evidenzia che dagli artt. 7 e 10 gli atti prodromici concernono: a) la partecipazione alla costituzione di una società; b) l'acquisizione e quelli di alienazione di partecipazioni societarie; c) la modifica dell'oggetto sociale; d) le operazioni societarie di particolare rilevanza espressamente enumerate; e) la conclusione, la modifica o lo scioglimento di patti parasociali.

apparentemente, una continuità con le conclusioni predette; dall'altro, disciplina la procedura e il contenuto dei provvedimenti, limitando la discrezionalità dell'amministrazione, che dovrebbe solo limitarsi ad esporre il suo *iter* argomentativo alla luce delle direttive indicate dal medesimo Testo unico. Pertanto, gli atti amministrativi afferenti l'utilizzo dello strumento societario verrebbero inquadrati nello schema delle deliberazioni ad efficacia generale finalizzate alla gestione della funzione pubblica¹⁰.

3. *Il vincolo funzionale*

La deliberazione amministrativa afferente la costituzione, l'acquisizione di quote societarie o il mantenimento di partecipazioni, anche di minoranza, già detenute in organismi societari, è subordinata alla sussistenza del duplice nesso teleologico-funzionale, suddivisibile nel vincolo di scopo e di attività. La finalità della doppia connessione finalistica è quella di evitare che lo strumento societario sia un *escamotage* per eludere i vincoli imposti all'amministrazione partecipante e, al contempo, che quest'ultima partecipi ad un organismo societario estraneo alle proprie prerogative istituzionali. L'art. 4 del Testo unico disciplina, in primo luogo, al comma 1, il vincolo di scopo pubblico secondo cui 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. La norma dà attuazione a quanto prescritto dall'art. 18, comma 1, lett. b) della legge 7 agosto 2015, n. 124, con la quale è stata conferita al Governo la delega per la riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, e, ai fini che qui rilevano, per la razionalizzazione e, al contempo, riduzione delle partecipazioni pubbliche, secondo i criteri di efficienza, efficacia ed economicità, prevedendo, a monte, condizioni che vincolassero l'autonomia negoziale dell'ente dentro il perimetro dei propri compiti istituzionali. La disposizione si pone in continuità con la disciplina previgente di cui all'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007, e, prima ancora, dell'art. 13, d.l. n. 223/2006,

¹⁰ J. BERCELLI, *Le società a partecipazione pubblica. La centralità degli atti deliberativi e la loro sindacabilità nell'attuazione del Testo Unico*, in G. SALA, G. SCIULLO (a cura di) *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli, 2017, p. 27.

che limitavano la partecipazione delle amministrazioni alle sole società che fossero «strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali». Autorevole dottrina riteneva che l'anzidetta norma, circoscrivendo l'ambito di applicazione delle società partecipate, fosse espressione dei principi generali dell'azione amministrativa, e in particolare, della concorrenza, la cui tutela usciva rafforzata dalla previsione legislativa di restrizioni delle attività in cui è legittimata la partecipazione societaria pubblica¹¹. A conclusioni simili è giunta la giurisprudenza, secondo cui è necessario verificare l'esistenza di un qualificato nesso che lega l'attività della società con le finalità dell'ente partecipante¹². Relativamente alle società *in house* esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'abrogato art. 23-*bis*, comma 3, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, prevedeva il vincolo di territorialità del servizio pubblico a favore esclusivo dell'ente controllante¹³. Rispetto alla disciplina previgente, l'art. 4 amplia la portata applicativa del vincolo di scopo pubblico anche alle partecipazioni societarie indirette, ed elimina il duplice richiamo alle società eroganti servizi di interesse generale o operanti quali centrali di committenza, che, di fatto, limitava il ricorso allo strumento societario alle sole società strumentali. Alla luce del nuovo quadro legislativo, discende la necessaria corrispondenza tra l'attività sociale e i compiti istituzionali dell'amministrazione partecipante (art. 4, comma 1). Ap-

¹¹ F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2011, p. 1366.

¹² Cfr. *ex pluris*: Corte dei Conti, sez. contr. Lombardia deliberazione 27 dicembre 2011, n. 124/2011/PAR, relativamente alla disciplina recata dall'art. 3, comma 28 della legge 244/2007, ha rilevato che: «(...) La possibilità di ricorrere allo strumento societario è stato correlato dalla legge (art. 3, commi 27 e ss. della l. 244/2007, abrogato dal T.U. che ne ha fatto propri i principi) ai fini dell'ente pubblico e all'inerenza allo svolgimento di attività di competenza dell'ente (principio desumibile dall'art. 97 Cost), anche per evitare che il ricorso allo strumento finanziario sia utilizzato per eludere la normativa di finanza pubblica, o le procedure in materia contrattuale o l'assunzione di personale. Si tratta di un stringente vincolo di scopo da cui discendono conseguentemente i procedimenti di controllo volti a verificare l'osservanza delle norme poste a suo presidio. Se l'attività riguarda la produzione di beni e servizi "non inerenti", ovvero non strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali, la partecipazione è interdetta, con conseguente obbligo di alienazione a terzi secondo le procedure ad evidenza pubblica (...)».

¹³ In sostituzione dell'abrogazione referendaria dell'art. 23-*bis* era intervenuta la disposizione dell'art. 4 della l. n. 148/2011 che, in quanto sostanzialmente riproduttiva delle disposizioni dell'articolo abrogato, è stata dichiarata illegittima dalla sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012.

pare particolarmente significativo l'oggetto sociale dalla società partecipata, che funge da elemento giustificativo dell'ingresso dell'ente pubblico nella compagine societaria, e rappresenta, al contempo, un indice di qualificazione della società come pubblica, segnandone la diversità rispetto alle imprese private. L'ente partecipante sarà onerato di esprimere una valutazione politica strategica dell'oggetto sociale in rapporto all'indirizzo politico-amministrativo afferente le modalità di soddisfacimento delle esigenze dei consociati¹⁴, che si estenderà sino alla valutazione di economicità della scelta gestionale. Detto esame, sebbene *prima facie* potrebbe rappresentare un aggravio procedurale per l'ente, in realtà è posto a tutela dei principi generali indicati nell'art. 1, comma 2, e a precludere, altresì, la partecipazione in società che svolgono attività di impresa non corrispondenti alle finalità dell'amministrazione¹⁵. L'esame in merito alla sussistenza delle condizioni previste dall'art. 4 prescinde dalla tipologia di società partecipata. Sul punto, con specifico riferimento alla sussistenza delle condizioni dettate dalla citata norma da parte di un ente *in house*, è stato osservato che detta qualificazione rileva ai soli fini delle modalità con cui l'ente partecipante decida di affidare i contratti pubblici (art. 16, comma 1)¹⁶. L'inciso finale «né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza» previsto dall'art. 4 presuppone che, prescindendo dalla formale partecipazione societaria, in assenza di una capacità d'influenza dominante (*ergo*: di una partecipazione societaria maggioritaria), la partecipazione stessa non sarebbe idonea per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente. Sotto tale profilo, i giudici contabili hanno cercato di superare la correlazione tra entità della partecipazione e capacità di influenza della gestione societaria, concentrandosi sull'ammissibilità della soddisfazione di un interesse generale mediante una società in cui l'amministrazione sia titolare di una quota di partecipazione esigua. Nella partecipazione pubblica minoritaria, infatti, la gestione eseguita dal privato, interessato esclusivamente alla produzione di profitto, rischierebbe di compromettere il nesso di necessità tra società e fun-

¹⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza del 23 gennaio 2019, n. 578.

¹⁵ In tal senso Corte dei conti, Piemonte, parere del 28 aprile 2017, n. 48.

¹⁶ Corte dei conti, Lombardia, parere 10 giugno 2020, n. 77.

zione pubblica. Analogamente la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che le partecipazioni societarie minoritarie siano inidonee a garantire il nesso di strumentalità tra funzione pubblica ed attività sociale e, pertanto, ha sollevato questione di pregiudizialità inerente rispettivamente la disciplina dell'art. 192, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ss.mm. ii. e la disposizione in esame¹⁷. La Corte di giustizia ha rigettato il potenziale contrasto con la normativa europea, sottolineando come l'art. 12 della direttiva 2014/24/UE non contempra l'ipotesi di acquisizione di partecipazioni societarie da parte dell'ente pubblico. Ciò che rileva nell'ottica dell'ordinamento sovranazionale è che l'affidamento ad un soggetto *in house*, prescindendo dalla percentuale di azionariato detenuto dalle amministrazioni, sia sorretto dai requisiti indicati dalla normativa di riferimento (artt. 5, 192 Codice appalti e 16 Testo unico)¹⁸. Anche se non espressamente previsto dalla disposizione in esame, l'ente è legittimato ad acquisire e mantenere le partecipazioni societarie confluite in una *holding*, a condizione che detta società abbia come oggetto sociale esclusivo la gestione delle partecipazioni societarie possedute dall'amministrazione¹⁹. Alla luce dei rilievi sopra esposti, si può asserire che il vincolo di scopo pubblico è condizione preliminare imprescindibile per l'utilizzo dello strumento societario, e connota d'indispensabilità e strategicità l'esplicazione del servizio mediante l'organizzazione societaria. Inoltre, è possibile trarre un'ulteriore considerazione relativa alla convivenza (*id est*: coordinamento) tra la scopo di lucro, che rappresenta l'obiettivo fisiologico della società e il fine egoistico perseguito dai soci, e lo scopo pubblico perseguito dall'ente. Già con la disciplina previgente, la dottrina aveva evidenziato le profonde differenze tra gli scopi predetti, ma riteneva comunque compatibili le predette finalità all'interno dell'organismo societario, evidenziando come ciò che rileva ai fini del vincolo di scopo, non è il risultato finale (la produzione del profitto), ma il mezzo con cui lo si raggiun-

¹⁷ Cons. Stato, sez. V, ordinanza del 7 gennaio 2019, n. 138.

¹⁸ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IX, ordinanza 6 febbraio 2020, C-89/19, C90/19, C-91/19.

¹⁹ Cons. Stato, Sez. III, sentenza del 3 marzo 2020, n. 1564.

ge (l'esercizio di un servizio pubblico)²⁰. Oltre al vincolo di scopo, l'art. 4, comma 2, attuando l'inciso indicato dal citato art. 18 della legge delega «entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti», specifica, in positivo, le categorie di società legittimamente costituibili o detenibili da enti pubblici. L'utilizzo dell'avverbio «esclusivamente» relativamente alle attività in cui è ammessa la partecipazione conferma ulteriormente il divieto di partecipazioni in società meramente lucrative e preordinate allo svolgimento di attività di impresa. Nello specifico, si tratta di attività volte: a) alla produzione di un servizio di interesse generale (lett. a)²¹; b) alla progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche (lett. b); c) alla realizzazione e gestione di un'opera ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato (lett. c); d) all'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti (lett. d); e) o alla realizzazione di servizi di committenza apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici (lett. e). La disciplina, dunque, nel rispetto del vincolo di scopo pubblico, attribuisce valenza sistematica al vincolo funzionale, parametrato esclusivamente ai fini istituzionali dell'ente e che deve sussiste-

²⁰ F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, cit., p. 1378.

²¹ La materia dei servizi di interesse economico generale, avrebbero dovuto essere oggetto di riordino a mente dell'art. 19, l. n. 124/2015, ferme restando le direttrici del processo di razionalizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica contenute nel d.lgs. n. 175/2016, concernenti: 1) l'aggregazione delle imprese che operano nei diversi settori; 2) l'individuazione degli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali (A.T.O.) come stazioni appaltanti per l'affidamento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. La nozione di servizi di interesse generale è data dall'art. 2, co. 1, lett. h), d.lgs. n. 175/2016. Sono tali «le 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». Nella giurisprudenza contabile, per un'esegesi esaustiva della nozione di servizio di interesse generale e dei vincoli di attività di cui all'art. 4, comma 2, si veda Corte dei conti, sez. Lombardia, 11 luglio 2017, n. 201/PAR.

re tra quest'ultimo e la società²². I primi commenti al nuovo quadro normativo hanno evidenziato la riduzione della libertà dell'amministrazione di ricorrere al diritto societario alle sole ipotesi tassativamente previste dalla legge. È stato, altresì, rilevato che l'autonomia negoziale pubblica, al pari di quella privata (art. 1322 c.c.) dovrebbe subire le sole limitazioni previste dalla legge (art. 41 Cost.) ritenendo, infine, eccessivo correlare la scelta di avvalersi dello schema societario alla disertazione preliminare delle motivazioni sottese alla scelta gestionale²³. Questa autorevole interpretazione chiede l'approfondimento della complessa tematica dell'autonomia negoziale degli enti alla luce del carattere di necessarietà per la legittimità dell'esternalizzazione. Al riguardo, gli enti pubblici sono titolari dell'autonomia negoziale tipica prevista dal codice civile, ma, allo stesso tempo, sono subordinati a specifiche disposizioni speciali di diritto pubblico derogatorie. Il legislatore delegato ha recepito le conclusioni sopra esposte, e all'art. 1, comma 3, dispone che per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del Testo unico, si applicano alle società a

²² Il rigore della previsione di cui all'art. 4 del Testo unico è parzialmente attenuato da una serie di esclusioni. In primo luogo, restano salve le società "di diritto singolare" (art. 1, comma 4, lett. a, del T.U.). L'art. 4, comma 3, del Testo unico, inoltre, ammette partecipazioni pubbliche in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, attraverso il conferimento di beni immobili, allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato. Ulteriori norme del Testo unico, inoltre, fanno salve le società che svolgono attività specifiche (es., gestione di spazi fieristici, spin off o di start up universitari, gestione di fondi europei), nonché quelle nominativamente elencate nell'allegato A al T.U. o individuate dal Presidente del Consiglio dei Ministri con proprio decreto motivato. Ulteriori esclusioni sono indicate dall'art. 26, comma 12-*bis* e 12-*sexies* (gestione di case da gioco), commi inseriti dal d.lgs. n. 100/2017. Quest'ultimo intervento legislativo ha introdotto un'ulteriore deroga al vincolo di legge: nel rispetto della disciplina europea, è fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete ai sensi dell'art. 3-*bis* del d.l. n. 138 del 2011, anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento, purché l'affidamento dei servizi avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica. Una deroga *ad hoc* è stata prevista dalla legge 1° ottobre 2019, n. 119, che ha aggiunto all'art. 4 il comma 9-*quater* secondo cui «Le disposizioni del presente articolo non si applicano alla costituzione né all'acquisizione o al mantenimento di partecipazioni, da parte delle amministrazioni pubbliche, in società aventi per oggetto sociale prevalente la produzione, il trattamento, la lavorazione e l'immissione in commercio del latte, comunque trattato, e dei prodotti lattiero-caseari». Risultano escluse dall'applicazione del T.U. (e, pertanto, rimesse integralmente alla disciplina comune) le "società quotate", per tali intendendosi le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati.

²³ G.A. PRIMERANO, *Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 791.

partecipazione pubblica le norme del codice civile e le norme generali di diritto privato²⁴. Questa interpretazione è coerente con la previsione di cui all'art. 18, comma 1, lett. a) legge delega 7 agosto 2015, n. 124, finalizzato ad assicurare l'intellegibilità del quadro normativo relativo alle società partecipate dalla pubblica amministrazione. Ne deriva, dunque, che le società pubbliche sono subordinate alle disposizioni di diritto comune, e l'applicazione di previsioni speciali derogatorie rispetto alla disciplina ordinaria che riconoscono al socio pubblico specifiche facoltà sconosciute ai soci privati, devono trovare fondamento in norme specifiche. In siffatto contesto, la funzionalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento di un fine collettivo costituisce un vincolo per l'ente, anche quando questo fa ricorso a strumenti tipici del diritto privato. Pertanto, le funzioni esplicitate dall'amministrazione non sono libere, ma regolate dalla legge che, anzitutto, determina l'interesse pubblico, e, in secondo luogo, le modalità di soddisfacimento della funzione. Nel Testo unico la stretta necessità è espressione di un legame di imprescindibilità, riferita all'esistenza stessa della società e ancor più alla partecipazione azionaria pubblica in essa, che può essere deliberata solo quando necessaria per garantire lo svolgimento di attività attinenti al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente pubblico. La previsione del duplice vincolo di scopo e di attività non rappresenta un limite dell'autonomia privata dell'ente, ma costituisce una deroga speciale *ex lege* alla capacità generale di diritto privato delle pubbliche amministrazioni, preordinate ad attribuire una "buona ragione" alla costituzione o al mantenimento della partecipazione societaria.

4. *L'obbligo di motivazione analitica*

La decisione di ricorrere allo strumento societario per l'assolvimento di un servizio pubblico è subordinata all'esposizione analitica delle motivazioni poste a fondamento della scelta organizzativa (artt. 5, 7 e 8)²⁵. L'o-

²⁴ Cfr. Cons. Stato, parere 986/16 cit. Nella giurisprudenza contabile si veda: Corte dei conti, Sezione autonomie, deliberazione del 22 luglio 2015 n. 24/SEAUT/201/FRG. Sul tema, particolare rilevanza va assegnata anche a Cass., sentenza del 27 settembre 2013, n. 22209.

²⁵ Tale obbligo di motivazione ha trovato conferma in numerose disposizioni antecedenti il Testo Unico Società partecipate. A titolo esemplificativo, si annoverano: l'art. 1, comma 553, della legge n. 147 del 2013, l'art. 34, commi 20 e 21, del decreto legge n. 179 del 2012, l'art. 13,

nera motivazionale può essere sintetizzato nella sussistenza del binomio diritto - economia che legittima la scelta gestionale. La tematica richiede l'analisi degli artt. 5 e 7 che disciplinano rispettivamente il procedimento, il contenuto del deliberato amministrativo e la competenza all'adozione dell'atto. Relativamente a quest'ultimo profilo, l'art. 7, a seconda dell'amministrazione deliberante, attribuisce la competenza all'organo politico²⁶. L'art. 5, applicabile anche alle società a partecipazione mista, ex art. 17, e ai sensi dell'art. 18, comma 1, alla quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati, postula l'onere di motivazione analitica delle deliberazioni amministrative di costituzione *ex novo* delle società e di acquisto di partecipazioni in organismi societari esistenti, definendo gli elementi essenziali dell'*iter* logico-argomentativo espressione della volontà dell'ente. A seconda, poi, della forma giuridica che l'amministrazione attribuisca all'organismo societario, la deliberazione dovrà contenere gli elementi indicati dagli artt. 2328 o 2463 c.c. L'onere motivazionale era già previsto dall'art. 3, comma 27, l. n. 244/07 che imponeva all'organo competente l'obbligo di esporre le motivazioni che sorreggono la scelta organizzativa, senza tuttavia specificarne il contenuto. A differenza della disciplina previgente, l'obbligo espositivo previsto dall'art. 5, oltre ad apparire sicuramente rafforzato rispetto a quello ordinario previsto dall'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, si contraddistingue per la previsione preventiva del contenuto minimo della motivazione. Nello specifico, la motivazione è finalizzata ad evidenziare: a) la doverosità dell'utilizzo societario da parte dell'ente (art. 4, commi 1 e 2); b) le ragioni a supporto della scelta organizzativa sotto il profilo della coerenza ai principi generali dell'azione amministrativa e ai vincoli comunitari in materia di efficienza finanziaria pubblica e aiuti di Stato; c) la convenienza, in termini di rap-

comma 1, del decreto legge n. 150 del 2013, convertito nella legge n. 15 del 2014, l'art. 23 del decreto legge n. 66 del 2014, convertito nella legge n. 89 del 2014, l'art. 6 bis del decreto legislativo n. 165 del 2001.

²⁶ Nello specifico, la competenza è attribuita: a) nei casi di partecipazioni statali, l'atto deliberativo dovrà essere adottato con d.P.C.M. su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri; b) per le partecipazioni regionali, la volontà dovrà essere espressa dall'organo al quale ciascuna Regione, in maniera autonoma, avrà provveduto ad attribuire la competenza; c) qualora si tratti di partecipazioni comunali dal consiglio comunale; d) in tutti gli altri casi, con una delibera dell'organo amministrativo dell'ente.

porto costi/benefici dello strumento societario rispetto alle altre modalità d'esplicazione della funzione pubblica. Originariamente, la disposizione prevedeva anche l'obbligo di esporre le motivazioni dedotte all'ente, in rapporto alla destinazione alternativa delle risorse pubbliche rispetto all'utilizzo degli strumenti societari. Il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 ha soppresso la necessità di motivazione sopra specificata, semplificando parzialmente il procedimento. La procedimentalizzazione del processo di formazione della volontà dell'ente, prodromica alla costituzione societaria, è espressione di una scelta organizzativa discrezionale, che risponde a meccanismi funzionali di natura pubblica²⁷. Il fondamento e la logica sottesa all'onere di motivazione possono essere riassunti in questi termini. Con il Testo unico il legislatore ha palesato la sfiducia nei confronti degli organismi partecipati dalle amministrazioni pubbliche e, dunque, affinché non si reiterino gestioni societarie critiche, è imprescindibile che l'utilizzo pubblico dello strumento societario sia circoscritto alle sole ipotesi di stretta necessità previste dallo stesso legislatore e, al contempo, che la scelta decisionale sia supportata da argomentazioni ineccepibili che dimostrino la coerenza dell'utilizzo dello schema privatistico ai corollari generali della funzione pubblica. Ciò anche al fine di garantire la trasparenza delle scelte organizzative dell'amministrazione in relazione all'utilizzo delle risorse pubbliche²⁸. Ciò posto, giova esaminare il contenuto dell'onere di motivazione analitico nelle varie direttrici in cui si esplica. Preliminarmente, la deliberazione deve esporre le motivazioni a supporto della correlazione che deve necessariamente sussistere tra la società e l'attività istituzionale dell'ente (art. 4). È doveroso, dunque, che l'amministrazione evidenzi l'indispensabilità al ricorso alla forma societaria per l'esercizio della funzione pubblica. In secondo luogo, è necessario illustrare la coerenza della scelta organizzativa ai principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, che rappresentano corollari ineludibili del principio di buon andamento cristallizzato nell'art. 97, comma 2, Cost. oggi rafforzato, nella prospettiva della sana gestione finanziaria, dall'introduzione dell'obbligo di equilibrio di bilancio (artt. 81,

²⁷ Cfr. Corte Giustizia Unione Europea sentenza 3 ottobre 2019, C-285/18.

²⁸ F. CAREDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 2017, p. 374 ss.

97 e 119 Cost.)²⁹. Il collegamento tra efficienza e ricorso allo strumento societario rappresenta un elemento di novità, soprattutto se si considera che in passato la sussistenza dell'efficienza veniva considerata implicita nel ricorso allo schema societario. L'efficienza rappresenta la sintesi tra autonomia negoziale dell'amministrazione e soddisfacimento virtuoso dell'interesse pubblico. Sotto tale profilo, l'amministrazione, sia nel caso di costituzione societaria *ex novo* sia di acquisizione di quote societarie in realtà già esistenti, dovrà compiere un'istruttoria prognostica delle *performance* che vorrebbe perseguire, al fine di prevenire l'assunzione di rischi in attività puramente imprenditoriali o non conformi alla propria missione istituzionale. L'onere di motivazione collegato al principio d'efficienza assume, con riferimento alle società *in house*, connotazioni accentuate. L'attuale impianto normativo (artt. 5 e 192 del d.lgs. n. 50 del 2016 e 16 Testo unico) prevede che le disposizioni del Codice dei contratti pubblici non si applicano quando un'amministrazione costituisca una società affidataria diretta di contratti pubblici, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione controllante (c.d. *in house* rovesciato) o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione

²⁹ Grazie all'incessante attività interpretativa della giurisprudenza, il principio di buon andamento ha subito una profonda trasformazione. Da corollario circoscritto alla sola organizzazione degli uffici amministrativi, è divenuto criterio di valutazione dei risultati che l'ente è preordinato a raggiungere, nell'ottica di razionalizzazione della spesa pubblica e di un suo migliore utilizzo. In questo nuovo scenario, la giurisprudenza aveva individuato nel principio in esame la fonte dell'obbligo di motivazione, e ciò ancor prima che l'art. 3 della l. n. 241 del 1990 ne sancisse espressamente l'obbligo (cfr. *ex multis*: TAR Toscana, sez. III, 14 settembre 2010, n. 5938; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6243). Il buon andamento, poi, è stato interpretato come sinonimo di economicità (si veda, tra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2010, n. 4910). Una diversa prospettiva esegetica correla il principio in esame alla discrezionalità dell'ente e alle modalità di formazione della propria volontà (Cons. Stato, Sez. VI, 28 aprile 2010, n. 2428). Da quanto precede, dunque, appare evidente che l'interpretazione giurisprudenziale del buon andamento fornisce una nuova dimensione dei criteri di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa i sottesi al predetto principio (si veda, *ex plurimis*: Corte conti, Campania, sez. giurisdizionale, deliberazione 6 luglio 2009, n. 752). Anche con riferimento alle fattispecie di ricorso al mercato per l'esercizio delle funzioni pubbliche, il principio di buon andamento, nella veste dell'efficienza della funzione pubblica, ha assunto carattere di centralità, ponendosi come pilastro per impedire che le modalità di esercizio dell'azione amministrativa, prescindendo dall'avvalimento degli strumenti privatistici o autoritativi, non siano in contrasto con i principi generali della funzione amministrativa (Corte conti, Lombardia, sezione giurisdizionale deliberazione 10 marzo 2006, n. 172). In siffatto contesto, dunque, l'efficienza rappresenta un limite invalicabile per le scelte gestionali dell'amministrazione (TAR Lombardia, Sez. II, sentenza del 9 giugno 2006, n. 1352).

aggiudicatrice (c.d. *in house* orizzontale); ciò è possibile a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, eccettuate quelle forme di partecipazione che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalla legislazione nazionale. L'obbligo di motivazione si sostanzia nella valutazione della congruità economica al soggetto *in house* in relazione alla tipologia e al valore del servizio, evidenziando i benefici in termini di contenimento della spesa rispetto ad altri strumenti d'esplicazione della funzione pubblica³⁰. L'onere motivazionale rafforzato relativo alle ragioni del mancato ricorso al mercato è stato ritenuto incostituzionale per eccesso di delega, poiché violerebbe l'art. 1, comma 1, lettera a), della legge delega n. 11 del 2016³¹, che pone il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie (*gold plating*). La Consulta, tuttavia, ha rigettato la questione di incostituzionalità, asserendo che l'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato imposto dall'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, non è in contrasto con il divieto suddetto, ma risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza³². Descritta così la correlazione tra l'autonomia negoziale dell'ente e l'efficienza, non deve sorprendere se quest'ultima sia passata da un corollario astratto, desumibile implicitamente dal principio di buon andamento, ad un criterio concreto di vincolatività nelle scelte organizzative dell'amministrazione, e parametro per l'esplicazione del servizio profuso tramite lo strumento societario. L'ultimo tassello dell'onere motivazionale concerne la delucidazione delle ragioni preordinate a rendere coerente la scelta organizzativa con le previsioni dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina sugli aiuti di Stato. Il sistema degli aiuti statali è costituito da un complesso intreccio di divieti, esenzioni ed autorizzazioni finalizzato a prevenire che i contributi economici di natura pubblica non siano coerenti con il fine di assicurare la «libera circolazione delle merci, delle

³⁰ F. CAMPOFILONI, *Oneri di motivazione analitica tra discrezionalità e controlli*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di), *Le Società Pubbliche*, cit., p. 881.

³¹ TAR Liguria, sez. II, ordinanza 15 novembre 2018, n. 886.

³² Corte costituzionale, sentenza 27 maggio 2020, n. 100.

persone, dei servizi e dei capitali» (art. 26, par. 2, TFUE), e creino disposizioni di privilegio idonee a impattare sulla concorrenza³³. Al riguardo, è da rilevare che il primo periodo dell'art. 5, comma 2, è finalizzato ad evitare che la partecipazione societaria pubblica possa attingere a vantaggi che in un sistema concorrenziale non avrebbe ottenuto. Unica eccezione all'art. 5, comma 1, è prevista nelle ipotesi in cui la partecipazione societaria dell'ente avvenga in conformità a specifiche previsioni legislative. In questi casi, infatti, l'onere espositivo viene considerato implicito nella partecipazione stessa, e, dunque, i motivi di pubblico interesse legittimante l'ingresso dell'ente nella compagine sociale sono già presupposti nella disposizione normativa. Solo per gli enti locali, il secondo periodo dell'art. 5, comma 2, così come è stato modificato dall'art. 6, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n. 100/2017, prescrive il passaggio procedurale obbligatorio della sottoposizione alla consultazione pubblica dello schema dell'atto deliberativo secondo le modalità disciplinate dall'ente, che non può essere eseguita con gli obblighi di pubblicazione (art. 22). La finalità dell'onere può rinvenirsi nella garanzia di controllo da parte dei cittadini sull'attività dell'amministrazione. Non si può fare a meno di notare che in questo caso l'ente garantirebbe, sul medesimo provvedimento, una duplice supervisione da parte dei consociati: sullo schema di deliberazione e, al contempo, sull'atto approvato all'esito dello scrutinio dei cittadini, mediante l'assolvimento dell'obbligo di pubblicazione. Si tratta, dunque, di un aggravio procedurale ingiustificato, che poteva essere circoscritto alla sola pubblicazione obbligatoria. La disposizione non contempla le conseguenze della mancata ottemperanza alla consultazione pubblica. Trattandosi di un passaggio procedurale necessario, il mancato assolvimento potrebbe rilevare sotto il profilo del vizio della violazione di legge sindacabile dal giudice amministrativo. Tuttavia, trattandosi di una formalità che potrebbe non incidere sul contenuto della deliberazione, ragioni di interpretazione sistematica suggerirebbero, a parere di chi scrive, la conservazione della determinazione secondo il meccanismo dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90 ss.mm.ii.

³³ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Mulino, 2017, p. 356.

5. *I vizi della deliberazione amministrativa*

Nel paragrafo dedicato alla natura giuridica degli atti deliberativi prodromici è stato evidenziato come essi siano determinazioni amministrative aventi carattere organizzativo, la cui rilevanza esterna è consequenziale alla formalizzazione dei successivi atti di competenza della società. Appare significativo, sotto tale profilo, la previsione dell'onere motivazionale accentuato di detti atti, manifestazione della volontà dell'ente di avvalersi degli strumenti societari, la cui violazione, o, comunque, attenuazione rispetto ai criteri sopra analizzati, potrebbe inficiare la deliberazione. Inoltre, il rapporto tra l'atto prodromico e quello successivo, che manterranno la loro autonomia, evoca il legame di presupposizione tra atti posti in successione temporale, con conseguenti ricadute in termini di trasmissione dei vizi dell'atto prodromico su quello successivo e di riparto giurisdizionale. Relativamente al profilo del controllo giurisdizionale, ne discende un sistema suddiviso tra quattro autorità giurisdizionali, deputate a tutelare interessi contrapposti. Nello specifico: a) il giudice ordinario sarà onerato di sindacare la nullità degli atti societari; b) il giudice amministrativo i vizi che connotano la deliberazione amministrativa; il Testo unico, poi, prevede specifici sistemi di sindacato attribuiti c) alla Corte dei conti, relativamente alla coerenza della scelta organizzativa ai principi della finanza pubblica; e d) all'AGCM limitatamente alle restrizioni della concorrenza. In merito alla giurisdizione del giudice ordinario sugli atti societari, particolarmente rilevante è l'art. 7, comma 6, che introduce un'ipotesi di nuovo conio di nullità testuale del contratto sociale, eterogenea rispetto a quelle contemplate dall'art. 2332 c.c. La norma prevede che nel caso di omessa adozione della deliberazione prodromica, equiparabile all'atto inesistente, o di mancanza di uno degli elementi fondamentali che hanno portato alla nullità o all'annullabilità della deliberazione, gli effetti negativi si ripercuotono esclusivamente sulla partecipazione detenuta dall'ente, che sarà dichiarata nulla *ex art.* 2332 c.c., con conseguente instaurazione della procedura di liquidazione della quota secondo il meccanismo di cui all'art. 2437-*ter*, comma 2, c.c. e osservando il procedimento di cui all'art. 2437-*quater* c.c. La disposizione riprende il modello della nullità del contratto plurilaterale prevista dall'art. 1420 c.c., ma con alcuni accorgimenti dovuti al peculiare contesto in cui opererà la fattispecie. Difatti, la nullità può essere fatta

valere esclusivamente nelle società pubbliche (requisito soggettivo) e nelle sole ipotesi di omessa adozione delle deliberazioni prodromiche o di mancanza di uno degli elementi fondamentali (requisito oggettivo)³⁴. Il rapporto tra deliberazione preliminare e atti societari, come già evidenziato, è stato ricondotto nello schema del nesso di presupposizione, che sottende, sotto il profilo delle modalità di trasmissione dei vizi, la nota distinzione tra invalidità caducante e viziante. Questa differenziazione assume particolare rilevanza in rapporto all'entità della partecipazione societaria. Nel caso di partecipazione non essenziale, la relazione tra l'atto prodromico e quello successivo va ricondotta nell'alveo dell'invalidità viziante, secondo cui i vizi inficianti l'atto prodromico si riflettono automaticamente sugli atti societari, ma questi rimangono efficaci fin quando non vi sia una sentenza dichiarativa di nullità o annullabilità, e conseguenziale instaurazione giudiziale della procedura di liquidazione della quota societaria detenuta dall'ente. Si tratta, quindi, di una fattispecie speciale di recesso *ex lege* dal contratto di società, che opererà automaticamente, come effetto implicito della sentenza giudiziale. L'ente, tuttavia, potrebbe evitare la procedura suddetta, e rimuovere il motivo inficiante la deliberazione, adottando, prima della definizione della procedura giudiziale, un deliberato *ex novo* che rimuova il vizio. In queste fattispecie, gli effetti caducanti saranno circoscritti al singolo vincolo associativo, che lega l'amministrazione alla società, che verrà estromessa dalla compagine sociale³⁵. Nel caso di partecipazioni essenziali, da valutare alla luce dell'oggetto sociale e delle modalità di condizionamento societario profuse dal socio pubblico, il rapporto tra gli atti posto in successione conseguenziale evoca la categoria dell'invalidità caducante *ex nunc* del contratto sociale, con conseguente applicazione dell'art. 2332 c.c. La disposizione del Testo unico, però, presenta profili di indeterminatezza sotto il profilo giurisdizionale e processuale. Sul crinale giurisdizionale, trattandosi dell'atto successivo alla deliberazione amministrativa, di natura prettamente privata e produttivo di effetti limitatamente al contesto

³⁴ Cf. A. MALTONI, *Il regime giuridico degli atti deliberativi prodromici delle pubbliche amministrazioni nel Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*, cit., p. 909.

³⁵ M. SCIUGO, *La nullità delle società*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società I*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 418 ss.

societario, la giurisdizione a dichiarare la nullità del contratto sociale è devoluta al giudice ordinario. Quest'ultimo è deputato a conoscere del vizio incidentalmente, e solo dopo che sia stata dichiarata la nullità o annullabilità della deliberazione da parte del g.a. Legittimati attivi a proporre l'azione potranno essere i soci, unitamente ad operatori economici terzi concorrenti della *costituenda* società pubblica, che vantino un interesse ad impedire che l'ente costituisca la società, affidandogli, poi, appalti e concessioni, oltre che rilevata dal giudice. Una volta rilevata la mancanza dell'atto prodromico, l'autorità giudiziaria emetterà una sentenza dichiarativa della nullità o annullabilità del contratto sociale, e contestualmente procederà alla nomina dei liquidatori.

5.1 *I vizi amministrativi della determinazione amministrativa*

Gli atti prodromici, essendo determinazioni amministrative, sorretti da una motivazione analitica, che illustri, oltre ai requisiti minimi indicati dall'art. 3, l. n. 241/1990 ss.mm.ii. relativamente all'indicazione delle ragioni fattuali e giuridiche a supporto della propria decisione, la sussistenza dei requisiti indicati dal combinato disposto degli artt. 4 e 5, sono sottoposti alla giurisdizione del giudice amministrativo relativamente ai vizi che connotano una deliberazione pubblica. Nello specifico, il g.a. sarà onerato di sindacare i vizi di legittimità inficianti la deliberazione, sotto il profilo della mancata corrispondenza ai criteri che devono connotare il processo motivazionale dell'ente. Risultano così prospettabili vizi di eccesso di potere in caso di istruttoria carente o per difetto di motivazione dell'atto deliberativo "prodromico", ovvero allorché siano violati i principi generali dell'azione amministrativa. Saranno sicuramente sindacabili le disposizioni sulla competenza dettate dall'art. 7, la cui violazione potrebbe comportare un vizio di incompetenza. Questa regola, tuttavia, non trova applicazione qualora la violazione delle regole sulla competenza dell'organo non determina l'annullabilità degli stessi, in ragione della de-quotazione di detto vizio di legittimità operata *ex lege* (art. 21-*octies* l. n. 241/1990 ss.mm.ii). Saranno, inoltre, sindacabili le disposizioni procedurali, tra cui la competenza dell'organo deliberante, la consultazione pubblica per gli enti locali, il mancato invio per finalità conoscitive alla Corte dei conti e all'AGCM. Oltre al controllo giurisdizionale preordinato a sindacare potenziali vizi della deliberazione, trattandosi di un atto

di natura pubblica, sebbene il Testo unico non disciplini detto potere, è ammesso l'esercizio del potere di autotutela o di riesame secondo quanto prescritto dalla disciplina del procedimento amministrativo (artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990)³⁶. Con particolare riferimento al potere di revoca, va rilevato che la giurisprudenza ritiene ammissibile detto potere nei soli casi in cui la stessa si ripercuota su rapporti negoziali originati dagli ulteriori contratti stipulati dall'amministrazione, diversi dai contratti pubblici, dove trova applicazione la speciale disposizione dell'art. 134 del Codice degli appalti³⁷.

5.2 Il sistema di controlli esterni previsti dal Testo unico

Il procedimento d'esplicazione dell'autonomia negoziale dell'ente descritto nei paragrafi precedenti, prevede che la deliberazione sia inviata, per mere finalità conoscitive, alla Corte dei conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. La finalità della trasmissione del provvedimento è sottoporre la deliberazione amministrativa al controllo esterno delle Autorità preposte alla salvaguardia dei principi perseguiti con il Testo unico. Un ruolo centrale è attribuito alla Corte dei conti, che, nonostante il silenzio dell'art. 5, comma 3 in merito alle funzioni ad essa demandate, agli effetti di un eventuale riscontro negativo sui provvedimenti scrutinati, e le conseguenze del mancato ottemperamento da parte dell'amministrazione ai rilievi critici sollevati dal giudice contabile, è titolare di poteri incisi sulle determinazioni prodromiche all'utilizzo dello strumento societario. Nello schema di decreto legislativo sulle società partecipate, la disposizione prevedeva la valutazione preventiva della magistratura contabile sulla bozza di delibera, con potenziali finalità interdittive dell'efficacia dell'atto di costituzione. Così, il giudice contabile avrebbe svolto un ruolo essenziale nell'*iter* procedurale d'approvazione del provvedimento, partecipando attivamente al processo decisionale, senza condividerne, però, la responsabilità amministrativa. Nella stesura definitiva dell'art. 5, al fine di superare le anzidette criticità, è

³⁶ A. MALTONI, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A. in Il diritto amministrativo in trasformazione per approfondire*, cit., p. 200.

³⁷ Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 120.

prescritto l'obbligo di trasmissione della delibera già approvata per mere finalità conoscitive. Il controllo della magistratura contabile, anche con riferimento alle partecipazioni societarie pubbliche, rientra nell'ambito delle competenze declinate dall'art. 103 Cost., che indica la predetta Autorità come il soggetto dotato di giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge. Si tratta, altresì, di un sindacato di conformità sulle modalità d'utilizzo della gestione societaria alle regole di finanza pubblica³⁸. Nel caso delle società a partecipazione pubblica, è irrilevante sia l'inquadramento dogmatico delle medesime, sia l'applicazione congiunta della disciplina del codice civile e delle disposizioni speciali dettate per il socio pubblico, poiché ciò che attribuisce fondamento all'intervento del giudice contabile è l'utilizzo, diretto o indiretto, di denaro pubblico. Le società partecipate, al pari delle amministrazioni, per la sola partecipazione di soggetti pubblici e per la gestione di un servizio destinato al perseguimento di specifici interessi della collettività, sono obbligate al rispetto dei principi generali che concernono l'ente pubblico, ivi compresi quelli finanziari³⁹. Da qui discende che ai sensi della disposizione costituzionale citata, è sufficiente il mero utilizzo di denaro collettivo, o l'adozione di provvedimenti incidenti sulle risorse pubbliche, per incardinare la giurisdizione della Corte dei conti⁴⁰. Va ulteriormente rilevato che alla luce degli stringenti vincoli europei di finanza pubblica, i controlli della Corte hanno assunto progressivamente caratteri cogenti nei confronti degli enti, proprio per prevenire o contrastare gestioni contabili non corrette, idonee ad alterare l'equilibrio del bilancio (art. 81 Cost.) e a riversare gli effetti negativi sul conto consolidato delle pubbliche amministrazioni, vanificando conseguentemente la funzione di coordinamento dello Stato finalizzata al rispetto degli obblighi europei⁴¹. Oggetto dello scrutinio del giudice contabile sarà la coerenza della scelta organizzativa ai presup-

³⁸ Cass. ss.uu. 25 gennaio 2013 n. 1774; 19 luglio 2013, n. 17660.

³⁹ Cfr. Corte dei conti, Campania, deliberazione del 16 marzo 2011, n. 359.

⁴⁰ F. LOMBARDO, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età del massimo confronto tra pubblico e privato: l'influenza della normativa comunitaria*, in *Foro amministrativo CDS*, 2005, p. 629.

⁴¹ Corte cost., sentenza 10 marzo 2014, n. 40.

posti indicati dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 e, più in generale, ai principi generali dell'azione amministrativa, nella nuova configurazione che sottende l'efficienza finanziaria dell'ente. L'esposizione analitica delle motivazioni sottese all'esercizio dell'autonomia di diritto privato, contribuiscono a rafforzare la consapevolezza dell'ente degli oneri correlati all'esternalizzazione del servizio pubblico, valutando, in caso di eccessività dei costi e sproporzionalità tra questi e i benefici ottenuti dalla collettività, la convenienza, in termini d'efficienza ed efficacia, della gestione interna della funzione pubblica. Pertanto, la Corte dei conti, in sede di controllo esterno, svolgerà un riesame di legittimità e regolarità della gestione finanziaria, che potrà estendersi sino allo scrutinio della compatibilità con il principio di buona amministrazione delle decisioni assunte dall'amministrazione. Queste considerazioni, permettono di ritenere che il controllo del giudice contabile si incentra sulla verifica della compatibilità delle decisioni amministrative con i principi di finanza pubblica e di gestione delle partecipazioni societarie, ed è preordinato ad un sindacato correttivo dell'azione amministrativa che potrebbe disattendere le disposizioni suddette, prevenendo fenomeni d'utilizzo di strumenti astrattamente elusivi dei principi generali della funzione pubblica⁴². Tali competenze vanno collegate al sistema dei controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali, che si iscrive nel quadro di una concezione unitaria della finanza pubblica⁴³, in virtù della quale le sezioni regionali – nell'esercizio del controllo sulla gestione delle amministrazioni locali – devono tener conto anche dei risultati della gestione delle partecipazioni in società controllate. Sicché, la Corte potrebbe riscontrare indirettamente la mancata corrispondenza ai criteri indicati dal Testo unico, in sede di riesame dei piani di riassetto societari (artt. 20 e 24 TUSPP), specialmente laddove le società partecipate abbiano risultati economici negativi, che potrebbe, qualora venisse accertato un pregiudizio all'equilibrio economico-finanziario dell'amministrazione, legittimare l'adozione dei provvedimenti di blocco di spesa (art 148-*bis* del TUEL). Analogamente l'art. 148-*bis* del d.lgs. n. 267 del

⁴² Corte cost., 6 luglio 2006, n. 267.

⁴³ Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 24 novembre 2017, n. 27/2017/FRG.

2000, prevede che qualora le sezioni regionali della Corte accertino la sussistenza «di squilibri economico-finanziari, della mancata copertura di spese, della violazione di norme finalizzate a garantire la regolarità della gestione finanziaria, o del mancato rispetto degli obiettivi posti con il Patto di stabilità interno», gli enti locali devono adottare, entro sessanta giorni dalla comunicazione della delibera di accertamento, «i provvedimenti idonei a rimuovere le irregolarità e a ripristinare gli equilibri di bilancio», che vanno tempestivamente trasmessi alla Corte. Quest'ultima, nei successivi trenta giorni, verificherà se gli stessi sono idonei a rimuovere le irregolarità e a ripristinare gli equilibri di bilancio. In caso di mancata trasmissione dei provvedimenti correttivi o di esito negativo della valutazione, «è preclusa l'attuazione dei programmi di spesa per i quali è stata accertata la mancata copertura o l'insussistenza della relativa sostenibilità finanziaria». Qualora le irregolarità esaminate dalla sezione regionale non siano così gravi da rendere necessaria l'adozione della pronuncia di accertamento prevista dall'art. 148-*bis*, comma 3 del TUEL, la funzione del controllo implica comunque la segnalazione di irregolarità, specialmente se accompagnate da criticità o da difficoltà gestionali, al fine di evitare situazioni di deficitarietà o di squilibrio. L'ente interessato deve valutare le segnalazioni ricevute e deve assumere interventi idonei. L'art. 1, commi da 166 a 172, della legge n. 266 del 2005 e l'art. 148-*bis* del decreto legislativo n. 267 del 2000, introdotto dall'art. 3, comma 1, lettera e), del decreto-legge n. 174 del 2012, hanno dunque istituito tipologie di controllo finalizzate a prevenire lo squilibrio finanziario. Tali controlli si collocano pertanto su un piano distinto rispetto al controllo sulla gestione amministrativa e sono compatibili con l'autonomia di Regioni, Province e Comuni, in forza dell'interesse alla legalità costituzionale finanziaria e alla tutela dell'unità economica della Repubblica (artt. 81, 119 e 120 Cost.)⁴⁴. Si tratta di controlli successivi e sulla gestione, che nei casi più gravi possono condurre la Corte ad emanare deliberazioni di blocco di spesa, che scaturiscono da una valutazione complessiva della situazione dell'ente pubblico. In siffatto contesto, particolare importanza viene attribuita al sistema dei controlli interni

⁴⁴ Corte cost., sentenza 5 aprile 2013, n. 60.

disciplinati dagli artt. 147 e 147-*quater* del TUEL, mediante i quali ciascuna amministrazione, in relazione agli obiettivi gestionali fissati aprioristicamente, secondo parametri qualitativi, effettua il monitoraggio periodico sull'andamento delle società e l'analisi degli eventuali scostamenti rispetto agli obiettivi prefissati. Innanzi ad un incisivo controllo da parte della Corte dei conti, il legislatore avrebbe dovuto prevedere la tipologia di statuizione che la magistratura contabile dovrebbe adottare in caso di scrutinio negativo, e le conseguenze della mancata ottemperanza dell'amministrazione alle riserve sollevate dalla magistratura contabile. Nel silenzio della norma, è plausibile che le disposizioni del Testo unico che postulano la trasmissione dei provvedimenti amministrativi alla Corte dei conti, possano essere inquadrate all'interno della funzione consultiva e collaborativa (artt. 3, legge n. 20/1994; 7, comma 7, della legge 131/2003). Sicché, il giudice contabile, effettuerà il controllo di legittimità e regolarità, valutando la coerenza tra la scelta organizzativa e i principi sopra riassunti, evidenziando le potenziali ricadute che avrà l'amministrazione, e in caso di riserve sui provvedimenti adottati, emanerà un provvedimento inquadrabile nel paradigma del parere o della raccomandazione, invitando l'ente ad adottare misure correttive, instaurando il procedimento di revoca in autotutela della deliberazione⁴⁵. Apparentemente più contenuto rispetto alle prerogative attribuite alla Corte dei conti, è il potere d'impugnazione riconosciuto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, qualora ravvisi che la deliberazione contrasti con i principi immanenti previsti a tutela della concorrenza. La disposizione prevede una dettagliata procedimentalizzazione con indicazione di una calendarizzazione perentoria per l'impugnazione della deliberazione. Preliminarmente, entro 60 giorni dal ricevimento della deliberazione amministrativa, l'Autorità emetterà un parere dove verranno indicati dettagliatamente i profili di violazione riscontrati. Nei successivi 60 giorni, l'ente dovrebbe conformarsi alle indicazioni fornite dall'AGCM e, nel caso di mancata ottemperanza, quest'ultima avrà 30 giorni per impugnare il provvedimento, tramite il patrocinio dell'Avvo-

⁴⁵ F. SUCAMELLI, *Le funzioni di controllo della Corte dei conti in materia di società partecipate dagli enti territoriali. Profili sostanziali e processuali*, in www.dirittoeconomi.it del 31 marzo 2020.

catura dello Stato, dinanzi al Tribunale amministrativo competente. In un sistema così costruito, l'Autorità, non si limita a svolgere poteri repressivi delle condotte anticoncorrenziali, ma interviene *ex ante* sulla determinazione amministrativa potenzialmente lesiva della concorrenza incidendo preliminarmente nel processo di promozione della concorrenza.