

STUDIO LEGALE CARROZZA

Prof. Avv. Paolo Carrozza, *Professore Ordinario nella Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa*

Avv. Chiara D'Aquino
Avv. Cristina Napoli
Avv. Francesca Biondi
Avv. Nicola Pignatelli
Avv. Luigi Grasso

Consulente esterno

Prof. Avv. Giuseppe Campanelli

Pisa, 26 gennaio 2015

Spettabile
Ecofor Service s.p.a.
Via dell'Industria
56025 Pontedera

c.a. del Presidente e dell'Amministratore Delegato

Oggetto: parere sulla natura di Ecofor Service S.p.a. e sulla sua composizione sociale

Formuliamo il presente parere a seguito della Vostra richiesta del 8.1.2015.

Nella prima parte del parere ci si soffermerà sulla natura della Società, mentre nella seconda parte si esamineranno le problematiche relative alla compagine sociale, anche a seguito dell'adozione della deliberazione del Consiglio comunale di Pisa n. 82 del 19.12.2013.

I. Sulla natura di Ecofor Service S.p.a.

a. Dall'esame dello Statuto societario e dei dati rappresentati, la Società ha le seguenti caratteristiche strutturali:

- ha una compagine "mista", posto che il 60% delle azioni sono in mano pubblica (23 Comuni) e il 40% in mano privata;
- le maggioranze delle quote in mano pubblica sono detenute dal Comune di Pisa (31,02%) e dal Comune di Pontedera (19,33%);
- l'oggetto sociale è composito, riguardando molteplici attività nei settori degli impianti industriali, degli impianti di smaltimento di rifiuti, dei trasporti, dei lavori stradali e della produzione e distribuzione di energia (art. 4 Statuto);
- la maggior parte del fatturato deriva dall'attività di smaltimento dei rifiuti industriali;
- la maggioranza degli amministratori è nominata dai soci pubblici (art. 15 Statuto);

- la società opera in regime di libera concorrenza, in un mercato libero e non esercita attività di servizio pubblico soggetto a privativa;

- non riceve aiuti finanziari dai soci pubblici.

b. Ciò posto, deve rilevarsi come Ecofor Service sia qualificabile come una “società mista”, evocando tale nozione esclusivamente in via descrittiva l’assetto della compagine sociale, ma non anche la specifica forma di partenariato pubblico-privato di cui all’art. 3, comma 15 ter, D.lgs. n. 163/2006 (recante la disciplina dei “*contratti aventi per oggetto la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità oppure la fornitura di un servizio, con finanziamento totale o parziale a carico del privato e allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti*”), posto che **l’attività di smaltimento di rifiuti speciali non è qualificabile come servizio pubblico locale**; ciò in piena sintonia con un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo il quale “*le controversie relative al rapporto che intercorre tra l’amministrazione e l’impresa incaricata dello smaltimento di rifiuti speciali rientrano nella competenza dell’a.g.o., in quanto la relativa attività non costituisce un pubblico servizio, essendo tenuti allo smaltimento, a proprie spese, i produttori dei medesimi rifiuti, direttamente o attraverso imprese o enti autorizzati dalla regione o mediante conferimento dei rifiuti ai soggetti che gestiscono il servizio pubblico*” (cfr. Cons. St., sez. V., 9.10.2000 n. 5369).

Pertanto Ecofor Service, per quanto svolga un’attività di interesse generale (posto che la materia dei rifiuti speciali è connessa a preminenti valori costituzionali, quali la tutela ambientale e quella della tutela dei diritti fondamentali ex art. 2 Cost.), sotto l’influenza dominante dei soci pubblici (si veda la disciplina statutaria relativa alla nomina degli amministratori), deve essere qualificata come “**impresa pubblica**” e non quale “*organismo di diritto pubblico*”.

In sintesi, Ecoforservice è una “società mista” che svolge un’attività imprenditoriale in regime di libero mercato, per quanto tale attività soddisfi *anche* interessi pubblici, nella migliore logica imprenditoriale.

c. Tale conclusione si fonda sui seguenti profili argomentativi, desumibili dalla normativa e dal diritto vivente.

L’art. 3, 26° comma, D.lgs. n. 163/2006 definisce “**organismo di diritto pubblico**” “*qualsiasi organismo, anche in forma societaria:*

- *istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*

- *dotato di personalità giuridica;*

- *la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi*

oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

L'art. 3, 28° comma, D.lgs. n. 163/2006 definisce, invece, **"imprese pubbliche"** quelle imprese su cui **"le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:**

a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;

b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;

c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa".

Gli elementi "comuni" tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico attengono certamente all'impiego dello strumento societario e dunque alla fase di costituzione nonché all'esigenza di soddisfare un interesse pubblico.

Tuttavia da tempo la giurisprudenza europea, da cui derivano le suddette nozioni desumibili già nelle direttive comunitarie nn. 17/2004 e 18/2004, evidenzia la linea di discriminazione tra le due figure, affermando che **"la nozione di impresa pubblica è sempre stata diversa da quella di organismo di diritto pubblico, in quanto quest'ultimo è creato per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale privi di carattere industriale o commerciale, mentre le imprese pubbliche operano per rispondere ad esigenze di carattere industriale o commerciale (Cfr. Corte giust. 15.5.2003, C-214/00).**

In questa nozione di "imprese pubbliche" rientrano quindi (non solo le residue aziende autonome e gli enti pubblici economici ma anche) le società di capitali a prevalente capitale pubblico, sottoposte ex art. 2359 c.c. a controllo dello Stato o degli Enti territoriali, le quali esercitano un'impresa, perseguendo **fini di lucro e collocando beni e servizi sul mercato:** *"La qualificazione di una società quale organismo di diritto pubblico non dipende dal fatto che la costituzione della società sia avvenuta con un contratto associativo con comunione di scopo e con conseguente attribuzione della personalità giuridica, in quanto questo è elemento proprio sia dell'impresa pubblica sia dell'organismo di diritto pubblico in forma societaria. Non rileva nemmeno che l'organizzazione dell'ente sia soggetta all'influenza dominante dei soci pubblici che nominano la maggioranza degli amministratori, trattandosi anche in questo caso non di un elemento di sola identificazione dell'organismo di diritto pubblico in quanto anche per le imprese pubbliche il meccanismo prefigurato dall'art. 2449 c.c. consente che il socio pubblico maggioritario nomini un numero di amministratori proporzionali alla partecipazione al capitale sociale con conseguente possibilità di esercitare, in concreto, un'influenza dominante nella fase gestoria. La dimostrazione che l'attività della società viene svolta con metodo non economico senza assunzione del rischio di impresa e che la stessa*

opera in un mercato non concorrenziale è utile al fine della qualificazione quale organismo di diritto pubblico” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574 e in senso analogo cfr. S.U., 9.5.2011 n. 10068).

In questo stesso senso più di recente è stato affermato che *“la differenza sostanziale tra impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico non riposa nel modello organizzativo adottato, ma nella circostanza che l’impresa pubblica è esposta alla concorrenza, gestisce servizi rinunciabili da parte dell’ente di riferimento, subisce o può subire perdite commerciali, mentre l’organismo di diritto pubblico è caratterizzato dalla mancata esposizione alla concorrenza, dalla irrinunciabilità del servizio e dal conseguente obbligo di ripianamento in caso di perdite da parte dell’ente di riferimento”* (Tar Lazio, 18.2.2013 n. 1778). Così, la giurisprudenza ha ad esempio negato la natura di “organismo di diritto pubblico” ad una Società fieristica, che, per quanto a capitale pubblico, è stata ritenuta di natura sostanzialmente commerciale (Cons. St., sez. VI, 9.6.2008 n. 2764), ad una Società, che, nell’affidamento del servizio di portierato di un Mercato, non soddisfaceva interessi generali “industriali o commerciali” (Tar Friuli, 26.11.2009 n. 802), alla Compagnia di Trasporti Laziali Società Regionale S.p.a. (Tar Lazio, 1.6.2007 n. 5083), ad ENI S.p.a. (Ad. Pl., 1.8.2011 n. 16).

d. Ciò premesso, occorre valutare in modo più specifico quali siano le caratteristiche che presenta la società Ecofor Service S.p.a.

Si precisa che la società ha un modello organizzativo conforme alle previsioni dell’art. 2380 e ss. cod. civ. e svolge un’attività economica organizzata ex art. 2082 cod. civ.

La società persegue quindi fini commerciali e lucrativi.

La Società presta attività di carattere industriale e commerciale, posto che i proventi dell’attività vengono finalizzati alla copertura dei costi di esercizio. Tale modello organizzativo risulta in ogni caso compatibile con il soddisfacimento degli interessi pubblici.

Peraltro, diversamente da quanto accade per gli organismi di diritto pubblico, le Amministrazioni pubbliche nel caso di specie non provvedono a finanziare l’attività alla quale la Società è preposta (cfr. sulla rilevanza di tale indice Cass., S.U., 9.5.2011 n. 10068), in quanto i suddetti proventi costituiscono la voce quasi totalitaria dei ricavi; non può negarsi, infatti, come *“l’esercizio di una attività con metodo economico implica che la stessa debba almeno garantire la copertura dei costi con i ricavi e che l’imprenditore assuma il rischio conseguente all’iniziativa intrapresa”* (Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574).

La normativa statutaria consente di escludere in radice un riconoscimento della c.d. “licenza di perdere”. Nel caso di specie lo Statuto contiene chiari indici che negano il sollevamento dal rischio d’impresa: la conferma di quanto affermato risulta, altresì, dalla mancanza di meccanismi relazionali di tipo finanziario tra società ed amministrazione pubblica idonei a consentire un ripianamento delle perdite in grado di permettere la sopravvivenza della società in caso di gestione non attiva.

Inoltre sussiste un mercato concorrenziale in cui la Società opera: lo Statuto prevede che la società abbia il compito di gestire un'ampia congerie di attività afferenti direttamente ovvero indirettamente al settore della gestione integrata dei rifiuti ed altri ambiti materiali (art. 1), con l'inevitabile conseguenza che la vastità degli ambiti di intervento costituisce un chiaro indizio dell'astratta esistenza di diversi mercati nell'ambito dei quali potrebbero certamente avere interesse ad intervenire più operatori.

Quanto alla compagine sociale, si annoverano al suo interno sia soci "privati" che "pubblici", nessuno dei quali però detiene una partecipazione tale da risultare "controllante" ex art. 2359 c.c. (come richiesto dall'art. 3, 26° comma, D.lgs. n. 163/2006 quale elemento essenziale della nozione di "organismo di diritto pubblico"). Nel caso di specie le Amministrazioni pubbliche, a differenza di quanto accade per gli organismi di diritto pubblico, non esercitano alcuna forma di controllo preventivo o consuntivo rispetto alla gestione della società.

e. Ciò chiarito in merito alla natura di impresa pubblica di Ecofor Service, deve rilevarsi come le **imprese pubbliche** siano qualificabili come "enti aggiudicatori" (art. 3, 29° comma, D.lgs. n. 163/2006), tenuti all'osservanza della disciplina di cui al D.lgs. n. 163/2006, esclusivamente nei **settori speciali** (art. 207 ss. D.lgs. n. 163/2006), posto che **esse non sono contemplate tra le "amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori"**, tenute all'osservanza delle regole del D.lgs. n. 163/2006 nei **settori ordinari** (art. 32 D.lgs. n. 163/2006).

Pertanto nei settori ordinari le imprese pubbliche operano con gli strumenti del diritto privato, non potendo ritenersi applicabile neppure l'art. 27 D.lgs. n. 163/2006, che pur esigendo l'applicazione ai "contratti esclusi" dei principi di economicità, efficienza, imparzialità, trasparenza, proporzionalità, presuppone comunque che si tratti di contratti posti in essere da soggetti contemplati dal Codice, quali non sono le "imprese pubbliche" (fatta eccezione per i settori speciali), le quali stipulano quindi contratti del tutto "estranei", come desumibile dall'art. 217 D.lgs. n. 163/2006.

Di recente, su tale specifica problematica, si è espressa in questi termini l'Adunanza Plenaria 1.8.2011 n. 16, secondo la quale *"si è pertanto in presenza di un appalto "escluso" dall'ambito di applicazione della disciplina dei settori speciali, ai sensi dell'art. 217, d.lgs. n. 163/2006, aggiudicato per scopi diversi dall'esercizio delle specifiche missioni rientranti nei settori speciali, e non legato a tali missioni da vincolo di strumentalità (...) sarebbe sproporzionato imporre l'applicazione di principi di evidenza pubblica a soggetti del tutto estranei all'ambito del codice, e dunque ad appalti retti dal diritto privato (...) il citato art. 27 non contempla un "terzo settore" dei pubblici appalti, quelli "esclusi in tutto o in parte", che si aggiunge ai settori ordinari e ai settori speciali, ma si riconnette pur sempre agli appalti dei settori ordinari o speciali, e ai soggetti appaltanti di tali settori"*.

La Società **Ecofor Service S.p.a.**, qualificabile, come detto, quale impresa pubblica, può ritenersi operante, alla luce dell'oggetto sociale dello Statuto, sia nei **settori speciali** (attività connesse alla

gestione, erogazione e produzione di gas) sia nei **settori ordinari**, per quanto l'ambito dei settori ordinari (e specificatamente quello dei rifiuti: cfr. art. 1 dello Statuto là dove definisce la missione della società nello "svolgere attività di gestione e smaltimento di rifiuti non pericolosi e pericolosi") sia quello prevalente.

Tuttavia tale doppia anima non è neutralizzata dall'attrazione della disciplina relativa ai settori ordinari (codice civile) in quella relativa ai settori speciali (Dlgs. n. 163/2006).

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito come le due anime e quindi le due diverse discipline normative possano convivere (cfr. ancora Ad. Pl., 1.8.2011 n. 16), posto che *"l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale"*. (così già Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2919); più specificatamente *"nel caso di amministrazioni aggiudicatrici, che sono soggetti di diritto pubblico, non sembrano esservi ostacoli ad ammettere che, per i loro appalti estranei ai settori speciali, si riesponde l'applicazione della disciplina degli appalti dei settori ordinari [come si argomenta dalla già citata C. giust. CE 10 aprile 2008 C-393/06, Aigner, che, esclusa in un caso l'applicazione della disciplina dei settori speciali, ha ritenuto applicabile quella dei settori ordinari in quanto la stazione appaltante poteva essere qualificata come organismo di diritto pubblico]. Diversamente, nel caso delle imprese pubbliche, che sono enti aggiudicatori nei settori speciali (art. 2, direttiva 2004/17/CE), ma non sono contemplati tra le amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari (artt. 1 e 2, direttiva 2004/18/CE), per gli appalti "estranei", aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE), la sottrazione alla direttiva 2004/17/CE non comporta l'espansione della direttiva 2004/18/CE, ma piuttosto la sottrazione ad entrambe le direttive comunitarie"* (Ad. Pl. 1.8.2011 n. 16).

L'esigenza di tutela della concorrenza, infatti, è garantita fisiologicamente dal mercato, così che il metodo "economico" (*rectius*, imprenditoriale), utilizzato dall'impresa pubblica nei settori ordinari (diversamente dalle situazioni di tendenziale monopolio sussistenti nei settori speciali), conduce spontaneamente verso la compressione dei costi e la scelta del miglior fornitore di beni e servizi, legittimando così l'applicazione di istituti civilistici, diversi da quelli di cui al D.lgs. n. 163/2006: *"al di fuori di questi settori speciali (...) vengono infatti meno la rilevanza e la peculiarità dell'attività che giustificano l'eccezionale attrazione e assoggettamento a regole eteronome sulla formazione della volontà contrattuale con terzi; l'impresa pubblica è comunque un'impresa e come tale agisce anch'essa con rischio, fine di lucro (art. 2082 cod. civ.) e moduli privatistici; e questi debbono essere integri ad evitare claudicazioni rispetto alla concorrenza (cioè restrizioni nell'ordinaria capacità di attività e di competizione)"*.

II. Sulla compagine sociale di Ecofor Service, a seguito dell'adozione della deliberazione del Consiglio comunale di Pisa n. 82 del 19.12.2013.

a. Di recente il Comune di Pisa (socio di categoria A ex art. 6 Statuto, titolare della maggioranza delle quote detenute dai soci pubblici) ha adottato la deliberazione consiliare n. 82 del 19.12.2013, pubblicata sull'albo pretorio telematico a partire dal 10.1.2014, con la quale ha approvato **“la dismissione delle partecipazioni”**, autorizzando il Sindaco, la Giunta e i Dirigenti a **“porre in essere ogni atto necessario all’attuazione”** del provvedimento stesso.

Tale deliberazione è stata adottata **“visto” l’art. 3, comma 27, l. n. 244/2007**, secondo cui **“Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E’ sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all’articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l’assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell’ambito dei rispettivi livelli di competenza”**.

Più specificatamente l’Amministrazione comunale, motivando la dismissione, afferma che la partecipazione al capitale sociale di Ecofor Service S.p.a. **“non si presenta compatibile”** con la suddetta disposizione, **“in quanto le rispettive attività sociali non sono strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali dell’Ente né sono annoverabili nell’ambito dei servizi di interesse generale dello Stato”**.

b. Si deve subito chiarire come la deliberazione adottata dal Comune di Pisa non possa ritenersi un provvedimento amministrativo vincolato, e dunque qualificabile quale l’unica soluzione imposta dal legislatore statale **“Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato”**, come si legge nell’apertura della stessa disposizione: la scelta compiuta dal Comune di Pisa, dunque **non può certamente qualificarsi come un’opzione necessaria e deve piuttosto essere qualificata quale scelta di (mera) opportunità, in quanto tale insindacabile, e come tale riconducibile nell’alveo degli atti di natura negoziale (pur a contenuto negativo - dismissivo), posta in essere alla luce di un criterio meramente teleologico contenuto nell’art. 3, comma 27, l. n. 244/2007**.

Tale conclusione trova da ultimo conferma (tra le tante) nella legge di stabilità 2015 (l. n. 190/2014), per quanto entrata in vigore successivamente alla deliberazione consiliare (specificatamente dal 1.1.2015).

Si evidenzia in ogni caso come, in realtà, il Comune di Pisa abbia ritenuto di dover applicare non tanto l'art. 3, 27° comma, L. n. 244/2007 espressamente richiamato nel provvedimento, quanto l'art. 3, 29° comma, della medesima legge finanziaria, che disciplina espressamente la dismissione di partecipazioni (*"entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27"*).

c. La previsione contenuta nella legge finanziaria per il 2008 deve essere letta alla luce del quadro costituzionale, nel quale la libertà d'impresa (art. 41 Cost.) è riconosciuta a qualsiasi soggetto giuridico, compresi gli Enti territoriali, nei limiti di compatibilità rispetto ai propri fini istituzionali.

Prima dell'entrata in vigore di tale disposizione, la giurisprudenza amministrativa ha sempre riconosciuto agli enti pubblici (anche territoriali), in quanto soggetti dotati di personalità giuridica, la stessa capacità giuridica e di agire riconosciuta dall'art. 11 cod. civ. ad ogni persona giuridica, compresa quella di potersi in essere atti di natura negoziale e quindi quella di costituire società.

L'art. 1, 1° comma *bis*, l. n. 241/1990 ha previsto espressamente che *"la pubblica amministrazione nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che legge disponga diversamente"*. In questa logica la Corte costituzionale (sent. n. 326/2008) ha affermato l'intangibilità della libertà di iniziativa economica degli enti pubblici, pur rilevando la necessità di *"evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali"*, e comunque nei limiti di cui all'art. 41, 2° comma, Cost., che funzionalizza la libertà d'impresa in seno allo Stato sociale.

La L. n. 244/2008 non ha fatto altro che ribadire ed esplicitare tali limiti, affermando un criterio limitativo-negativo, dal quale si desume (non in automatico, ma caso per caso) un divieto di costituire società o assumere partecipazioni in società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi, e, specularmente, il rimedio della dismissione, quando sussistano alcune specifiche condizioni, funzionalmente ai seguenti scopi (espresi o impliciti):

a) *"Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato"*. In questa logica il legislatore ha voluto evitare vantaggi competitivi generati dalla presenza di soci pubblici. **Pertanto quando tale vantaggio competitivo non sussista, l'opzione di dismettere la partecipazione societaria non può ritenersi obbligatoria;**

b) al fine di razionalizzare la spesa pubblica. **Pertanto quando tale esigenza non sussista l'opzione di dismettere la partecipazione societaria non può ritenersi obbligatoria;**

c) al fine di garantire la sopravvivenza soltanto delle società strettamente necessarie per il perseguimento dei fini istituzionali. Il legislatore ammette comunque uno spazio per accertare caso per caso la "necessarietà" e quindi il collegamento tra l'oggetto sociale e i suddetti fini istituzionali;

d) al fine di garantire *anche* il perseguimento dell'interesse pubblico, nel rispetto del principio di legalità (Cons. St., sez. VI, 20.3.2012 n. 1574), posto che **non sussiste un' "incompatibilità tra interesse pubblico, scopo di lucro e interesse sociale"**. La giurisprudenza amministrativa ha quindi chiarito come *"la disposizione riportata ha posto un limite all'impiego dello strumento societario non tanto per assicurare, come, invero, dichiarato nella parte iniziale della disposizione stessa, la tutela della concorrenza - che di per sé lo strumento dell'impresa pubblica non potrebbe pregiudicare - quanto per garantire, in coerenza con l'esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico. Può, pertanto, ritenersi che, allo stato, esiste una norma imperativa che pone un chiaro limite all'esercizio dell'attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico"* (Cons. St., sez. VI, 20.3.2012 n. 1574).

d. Dal complesso di tali principi non si desume, quindi, un divieto assoluto per gli Enti pubblici di costituire o partecipare a società, e quindi, quale necessario corollario, un obbligo di **dismissione**, come interpretato dal Comune di Pisa; più semplicemente *"gli strumenti della causa ovvero, allo stato della legislazione, della norma imperativa permettono di attribuire rilevanza agli interessi pubblici nell'ambito delle società pubbliche contribuendo, senza alterazione del tipo, a conferire specialità al modello codicistico delle società per azioni"* (Cons. St., sez. VI, 20.3.2012 n. 1574).

Nello stesso senso, del resto, milita la Relazione al disegno di legge, la quale chiarisce che la *ratio* del divieto è quella di *"evitare forme di abuso"*, che comportino la sottrazione dell'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e dell'opinione pubblica, e di *"tutelare la concorrenza e il mercato"*. Anche dalla relazione, pertanto, non si desume un obbligo di dismissione.

La Corte costituzionale, chiamata a giudicare in via incidentale la legittimità della disposizione, ne ha fornito un'interpretazione conforme, riconducendo la disciplina in esame alla materia *"tutela della concorrenza"*, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (117, 2° comma, lett. e, Cost.), ed ha affermato che siffatte limitazioni non hanno carattere generale e obbligatorio, essendo tese *"... ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale (casi compiutamente identificati dal citato art. 3, comma 27), al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, quindi sono preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza (sentenza n. 326 del 2008). Inoltre, esse mirano a realizzare detta finalità con modalità non irragionevoli, siccome il divieto stabilito dalle disposizioni censurate e l'obbligo di dismettere le partecipazioni possedute in violazione del medesimo non hanno carattere di generalità, ma riguardano esclusivamente i casi nei quali non sussista una relazione necessaria tra società, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche, e perseguimento*

delle finalità istituzionali.” (Corte cost., sent. 8 maggio 2009 n. 148; nello stesso senso cfr. T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 17 maggio 2010, n. 1898).

Pertanto, in assenza di una disposizione di legge di senso contrario (Ad. Pl. n., 4.6.2011 n. 10), deve ritenersi applicabile il limite meramente teleologico di cui all'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007: “La formulazione letterale della norma è incentrata sulla verifica della esistenza di un qualificato nesso tra l'attività economica esercitata dalla società e le finalità istituzionali del soggetto pubblico che le costituisce o partecipa” come lucidamente afferma Cons. St., Sez. III, 11 marzo 2011, n. 1573.

e. In applicazione di tali principi la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto inammissibile un'azione volta ad ottenere la dismissione di quote societarie alla luce della suddetta disposizione, potendosi così desumere una conferma sull'insussistenza di un obbligo generalizzato di dismissione. (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 5 aprile 2013, n. 269).

f. A tutto questo si aggiunga che, quando il legislatore ha voluto prevedere un obbligo automatico di dismissione espresso e circostanziato e non semplicemente un criterio teleologico incidente sulla natura della società mista, lo ha fatto in modo inequivocabile: si veda l'art. 14, 32° comma, d.l. n. 78/2010, per quanto abrogato dall'articolo 1, comma 561, della Legge 27 dicembre 2013, n. 147, dal quale in ogni caso poteva desumersi la differenza tra una previsione obbligatoria di dismissione (per i comuni al di sotto dei 30.000 abitanti) e la previsione teleologica di cui all'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007: “Fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i **comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2012 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite:**

- a) abbiano, al 31 dicembre 2012, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi;
- b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio;
- c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime.

Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite abbiano avuto il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 31 dicembre 2011 i predetto comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite”.

Sull'evidente differenza tra le due disposizioni si veda T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 28 maggio 2012, n. 1458, secondo cui “la disposizione dell'art. 14, c. 32, del d.l. n. 78/2010, come risultante dalle ultime

modifiche apportate dal D.L. n. 98/2011, per i comuni al di sotto dei 30.000 abitanti vietata esplicitamente di costituire società, e impone entro il termine del 31 dicembre 2012, di procedere alla cessione delle partecipazioni ovvero alla liquidazione delle società possedute, con la sola eccezione di società già costituite, che abbiano al 31 dicembre 2012 il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi, non abbiano subito perdite di bilancio o riduzione di capitali o non abbiano subito perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato all'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime". Non può negarsi, infatti, come "Il coordinamento delle due disposizioni è stato definito dalla giurisprudenza contabile, che ha rilevato come l'art 3 comma 27 L. 244/2007 operi sul piano delle finalità che l'ente può raggiungere mediante la partecipazione societaria, mentre l'art 14 comma 32 del d.l. 78/2010 sul piano numerico, fissando dei tetti correlati alla densità demografica dell'ente. Per i Comuni sotto i 30.000 abitanti il Comune non può costituire nessuna società e non può detenere nulla, a prescindere da quale sia l'oggetto, con l'eccezione di società con bilancio in utile negli ultimi tre anni (Corte dei Conti, sez. controllo della Lombardia, n. 524/2011; 570/2011)" (T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 28 maggio 2012, n. 1458).

Tra l'altro anche l'art. 4, 1° comma, d.l. n. 95/2012, che prevedeva una logica automatica di alienazione o scioglimento è stato abrogato (dall'articolo 1, 562° comma, lettera a), della Legge 27 dicembre 2013, n. 147).

g. In ogni caso, ad ulteriore conferma dell'inconfigurabilità di un meccanismo automatico e di un obbligo di dismissione, sono entrate in vigore alcune disposizioni della legge di stabilità 2015, che confermano la logica della verifica *in concreto* presupposta dall'art. 3, 29° comma, l. n. 244/2007, pur procedimentalizzandola (*rectius*, pianificandola), e comunque prevedendo nuovi termini per le eventuali dismissioni.

Il termine per la cessione delle partecipazioni, previsto inizialmente dalla finanziaria 2008 (art. 3, 29° comma, l. n. 244/2007, come modificato dall'articolo 71, 1° comma, lettera e), l. n. 69/2009 e successivamente dall'articolo 20-bis, 1° comma, d-l. n. 66/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 89/2014), secondo cui "entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27" e fissato quindi al 1.1.2011, è stato successivamente prorogato dalla finanziaria per il 2014 (dall'articolo 1, 569° comma, l. n. 147/2013) di quattro mesi (ossia al 31.4.2014), e successivamente differito (al 31.12.2014), dall'articolo 2, 1° comma, lettera b), d.l. n. 16/2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 68/2014, n. 68.), decorso il quale tutte le partecipazioni societarie avrebbero dovuto ritenersi decadute (cfr. l'attuale disposto letterale dell'art. 1, 569° comma, l. n. 147/2013, secondo cui "Il termine di trentasei mesi fissato dal comma 29 dell'articolo 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, è prorogato di dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, decorsi i

quali la partecipazione non alienata mediante procedura di evidenza pubblica cessa ad ogni effetto; entro dodici mesi successivi alla cessazione la società liquida in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, del codice civile”).

Tuttavia da ultimo, in via decisiva, **la legge di stabilità del 2015** (art. 1, 611° comma ss., l. n. 190/2014, pubblicata in G.U. il 29.12.2014 ed entrata in vigore proprio il 1.1.2015), mantenendo ferma la logica non automatica di cui si è detto e prevedendo ulteriori criteri teleologici ai quali informare i c.d. piani operativi di razionalizzazione delle partecipazioni societarie, ha nei fatti specificato il principio contenuto nella finanziaria del 2008 e previsto un ulteriore slittamento del suddetto termine, congegnando una nuova finestra temporale tra il 1.1.2015 e il 31.12.2015, **nella quale dovrà essere prima (entro il 31.3.2015) redatto un piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, le modalità e i tempi di attuazione, e poi eseguito tale piano entro il 31.12.2015.**

Più specificatamente l'art. 1, 611° comma ss., l. n. 190/2014 prevede che **“Fermo restando quanto previsto dall'articolo 3, commi da 27 a 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni, e dall'articolo 1, comma 569, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e successive modificazioni, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, a decorrere dal 1° gennaio 2015, avviano un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015, anche tenendo conto dei seguenti criteri:**

- a) **eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione;**
- b) **soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;**
- c) **eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni;**
- d) **aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica;**
- e) **contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni”.**

L'art. 1, comma 612, L. n. 190/2014, dispone più specificatamente che *“I presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, i presidenti delle province, i sindaci e gli altri organi di vertice delle amministrazioni di cui al comma 611, in relazione ai rispettivi ambiti di competenza, **definiscono e approvano, entro il 31 marzo 2015, un piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, le modalità e i tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire. Tale piano, corredato di un'apposita relazione tecnica, è trasmesso alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicato nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata. Entro il 31 marzo 2016, gli organi di cui al primo periodo predispongono una relazione sui risultati conseguiti, che è trasmessa alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicata nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata. La pubblicazione del piano e della relazione costituisce obbligo di pubblicità ai sensi del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33”***.

L'art. 1, comma 613, L. n. 190/2014, prevede altresì che *“nell'attuazione dei **piani operativi** di cui al comma 612 si applicano le previsioni di cui all'articolo 1, commi da 563 a 568-ter, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e successive modificazioni, in materia di personale in servizio e di regime fiscale delle operazioni di scioglimento e alienazione. Le disposizioni del comma 568-bis dell'articolo 1 della legge n. 147 del 2013 si applicano anche agli atti finalizzati all'attuazione dei predetti piani operativi deliberati entro il 31 dicembre 2015”*.

Si segnala che la legge di stabilità non ha previsto alcuna sanzione per l'ipotesi in cui l'Amministrazione non approvi il piano operativo entro il 31.3.2015 o non lo attui entro il 31.12.2015.

Dunque si può dire che l'art. 1, commi 611 ss., L. n. 190/2014 (così come l'articolo 1, comma 569, L. n. 147/2013, come modificato dall'articolo 2, 1° comma, lettera b), d.l. n. 16/2014, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 68/2014, n. 68), non ha introdotto una regola automatica di dismissione, limitandosi a prevedere un meccanismo di verifica in concreto della “utilità” di una determinata partecipazione societaria.

III. In conclusione.

a. Ciò posto, è necessario fornire in via sintetica talune indicazioni per i Soci di categoria A, alla luce dell'entrata in vigore della legge di stabilità 2015.

Vista l'assenza di un obbligo di dismissione, dalla nuova legge di stabilità deriva più semplicemente a carico degli Enti locali, per quanto rileva ai presenti fini, un obbligo di verifica e valutazione sulla sussistenza dei presupposti per un'eventuale dismissione.

Dovrà quindi essere approvato il piano operativo di razionalizzazione, da parte di ogni Amministrazione comunale e quindi da parte di ogni socio pubblico di categoria A di Ecofor Service, entro il 31.3.2015; tale piano dovrà essere eseguito entro il 31.12.2015.

La competenza all'approvazione del Piano è stata attribuita da ultimo al Sindaco (dall'art. 1, comma 612, L. n. 190/2014), per quanto tale previsione debba essere coordinata con il contenuto del TUEL (art. 42, 2 comma, lett. e) D.lgs. n. 267/2000), che attribuisce al Consiglio comunale il potere deliberativo in materia di partecipazione societarie, e con la giurisprudenza contabile, che da sempre riconosce tale organo come quello in grado di interpretare i bisogni della collettività locale, di valutarne le necessità e di soddisfarle (cfr. specificatamente Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Veneto n. 16/2010).

In ogni caso deve precisarsi come la legge di stabilità 2015 non preveda alcuna sanzione espressa per la violazione dei suddetti termini.

Comunque, la decorrenza dei termini non genera una decadenza automatica delle partecipazioni societarie, ma, eventualmente, responsabilità amministrativo-contabili, rilevanti in sede di giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti, qualora il ritardo nella dismissione abbia generato un qualche danno erariale. Tuttavia nessun danno sarebbe configurabile qualora l'Amministrazione comunale, pur *in ritardo* rispetto a tale termine, dimostri con propria istruttoria e quindi con un successivo piano operativo che non sussistono i presupposti per la dismissione.

Potrebbe se mai ipotizzarsi che la legge di stabilità per il 2015 faccia salva l'applicazione della previsione dell'articolo 1, comma 569, L. n. 147/2013, che, come detto, prevede un meccanismo di decadenza nell'ipotesi in cui l'Amministrazione abbia accertato in concreto l'inutilità della propria partecipazione, ma non l'abbia eseguita.

In precedenza l'istituto decadenziale doveva ritenersi legato al meccanismo presupposto dall'art. 3, commi 27 e 29, L. n. 244/2007 (per il quale l'accertamento in concreto era posto in essere con delibera consiliare) ed oggi, in questa lettura, dovrebbe ritenersi legato all'art. 1, comma 611° L. n. 190/2014 (per il quale l'accertamento in concreto è posto in essere con il piano operativo). Più specificatamente (posto che l'art. 1, comma 569, L. n. 147/2013 dispone che *"Il termine di trentasei mesi fissato dal comma 29 dell'articolo 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, è prorogato di dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, decorsi i quali la partecipazione non alienata mediante procedura di evidenza pubblica cessa ad ogni effetto; entro dodici mesi successivi alla cessazione la società liquida in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, del codice civile"*) potrebbe prospettarsi che una volta accertata l'inutilità di una certa partecipazione con il piano operativo (adottato entro il 31.3.2015 o successivamente), qualora il piano non fosse eseguito entro il 31.12.2015, la Società partecipata dovrebbe provvedere entro 12 mesi a liquidare in denaro il socio cessato, sulla base dei criteri previsti in caso di recesso (art. 2437 ter, comma 2, cod. civ.), secondo il quale *"Il valore di liquidazione delle azioni è determinato dagli amministratori, sentito il*

parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione contabile, tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni?

Tale meccanismo sanzionatorio non opererebbe, invece, qualora l'Amministrazione non approvasse il piano operativo. In tal caso l'unico rimedio, in assenza di una logica automatica, sarebbe quello dell'accertamento delle responsabilità contabili.

b. In questo quadro assai complesso, quanto alla deliberazione del Comune di Pisa, possono farsi le seguenti sintetiche osservazioni:

- la deliberazione è stata adottata sulla base di una disposizione (art. 3, comma 27, L. n. 244/2007), che oggi trova specificazione procedimentale nell'art. 1, commi 611 ss., L. n. 190/2014;

- da tale blocco normativo emerge chiaramente la natura non vincolata della deliberazione consiliare del Comune di Pisa, posto che la dismissione delle quote non può ritenersi un'opzione "a rime obbligate" e perciò obbligatoria, imposta dalla normativa in materia, la quale ha rimesso al contrario alle Amministrazioni l'accertamento in concreto e caso per caso dell'utilità e della strumentalità delle partecipazioni societarie;

- non può negarsi in ogni caso come la scelta del Comune di Pisa rimanga insindacabile, nella sua discrezionalità negoziale.

c. Si può quindi ritenere, vista l'imminente "uscita" del Comune di Pisa dalla compagine, che rimanga fermo il sistema di cui all'art. 9 dello Statuto, che prevede un diritto di prelazione per i Soci della medesima categoria (e dunque per gli altri Comuni) ed in subordine per i Soci di altra categoria (i Soci privati) e quindi, in carenza di esercizio del diritto di prelazione, la vendita delle quote a terzi.

Evidentemente il diritto di prelazione dei Soci pubblici (degli altri Comuni) potrebbe essere esercitato soltanto una volta accertata con l'approvazione del piano operativo l'"utilità" della conservazione della partecipazione in Ecofor Service.

In caso di eventuale disaccordo sul valore delle quote potrebbe essere verificata l'applicabilità, per analogia, della procedura di cui all'art. 2437 *ter*, ultimo comma, cod. civ. (che rinvia la determinazione del valore di liquidazione ad «relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale»), prevista in caso di recesso. In alternativa dovrebbe applicarsi l'art. 27 dello Statuto, che devolve le controversie sui rapporti tra i Soci al Tribunale di Pisa. Di conseguenza, in tal caso, occorrerebbe procedere attraverso l'attivazione di un normale procedimento contenzioso presso il Giudice ordinario, chiamato (eventualmente mediante apposita consulenza tecnica d'ufficio) a determinare il valore da riconoscere all'ente.

d. Ferma l'insindacabilità della decisione del Comune di Pisa, deve in ogni caso precisarsi che sembrano essere carenti *in concreto* le condizioni stesse cui l'art. 3, comma 27, L. n. 244/2007 subordina l'applicazione della dismissione:

a) quanto “*al fine di tutelare la concorrenza e il mercato*”, nel caso di specie la presenza di soci pubblici in Ecofor Service non genera vantaggi competitivi, né è dimostrato che ne generi;

b) quanto al fine di razionalizzare la spesa pubblica, deve rilevarsi come in realtà la Società Ecofor Service non incida in concreto e negativamente sulla spesa pubblica, né sui bilanci dei soci pubblici (che anzi storicamente ne hanno ricevuto un evidente beneficio);

c) quanto al requisito della funzionalità rispetto a fini istituzionali, sia sufficiente rilevare come tra i fini istituzionali di un Comune vi siano le funzioni relative alla popolazione e al territorio, specificatamente nei settori “*dell’assetto e dell’utilizzazione del territorio*” (art. 13 Dlgs. n. 267/2000), nel cui alveo può essere ricondotto lo smaltimento dei rifiuti speciali;

d) quanto al fine di ~~garantire anche il perseguimento dell’interesse pubblico, nel rispetto del principio di legalità~~, tale presupposto è sussistente *in re ipsa* nell’oggetto sociale statutario.

Nell’auspicio che quanto esposto possa fornire adeguata risposta ai quesiti posti, si rimane in ogni caso a disposizione per tutti i chiarimenti che si rendessero utili ed opportuni.

Avv. Prof. Paolo Carrozza

Avv. Nicola Pignatelli