

Obbligo di acquisto della partecipazione e parere della Corte dei Conti

di [Roberto Camporesi](#)

Pubblicato il 1 Giugno 2024

Non esime dalla richiesta del parere della Corte dei Conti l'obbligo di acquisto di partecipazione contenuto in convenzione sottoscritta prima dell'entrata in vigore del TUSPP. Approfondiamo il caso di acquisto di partecipazione da parte del Comune ad 1 euro di una partecipazione detenuta tramite holding.

Il caso acquisto di partecipazione detenuta tramite holding del comune

La Corte dei conti Campania (n. 76/2024/PASP del 9/04/2024) ha esaminato una istanza ex art. 5 del TUSPP avanzata da un Comune che ha disposto l'operazione di **acquisto della partecipazione detenuta da una propria società Holding e relativa al capitale sociale della controllata, pari al 100% del capitale sociale di quest'ultima**, corrispondente al valore nominale di euro 100.000,00. L'acquisto della partecipazione pari all'intero capitale della controllata indiretta avviene per la **cifra simbolica di euro 1,00**.



Tale obbligo di acquisto della partecipazione deriva dalla risalente Convenzione di concessione di costruzione e gestione in project financing, il cui termine di durata era stabilito in dodici anni “*non inferiore al periodo di validità di incentivazione dei Certificati Verdi*” – ora terminato - deve ritenersi ora cessata per decorrenza del termine finale. Tale convenzione, tuttavia, all'art. 2, definiva le modalità di conclusione del rapporto concessorio, prevedendo che:

“al termine della concessione il Concessionario si impegna a consegnare al Comune l'opera perfettamente funzionante ed in buono stato di manutenzione, senza che sia dovuto alcun indennizzo o compenso a titolo di avviamento né a qualsiasi altro titolo anche per eventuali migliorie. La presa in consegna dell'impianto verrà effettuata con

apposito verbale di constatazione redatto in contraddittorio tra il Concessionario e il Comune. Sarà quindi trasferita la proprietà dell'intero capitale sociale della società progetto/concessionario al valore simbolico di € 1(uno)".

La questione apre ad interessanti valutazioni, alcune delle quali vanno oltre la **decisione emessa dalla Corte dei Conti** che ha esaminato se l'acquisto della partecipazione – discendente da un'obbligazione di natura contrattuale assunta nel tempo e comunque prima della disciplina delle società a partecipazione pubblica (TUSPP) e quindi precedentemente alle disposizioni contenute nell'art. 5 del predetto compendio normativo – debba consentire di procedere ora all'acquisto senza il rispetto delle procedure successivamente introdotte dalla legge ed in particolar modo da quelle previste dall'art. 5 citato.

La previsione contrattuale e le norme del TUSPP

In particolare, la previsione contrattuale citata:

- appare un'interessante **applicazione del "principio delle devoluzione gratuita" dell'asset ("essential facility")** realizzato dal concessionario privato che, al termine della concessione, rientra nella disponibilità e nella proprietà del concedente pubblica amministrazione, non per effetto di un trasferimento di natura immobiliare, ma bensì attraverso l'acquisizione della partecipazione nel veicolo societario che ha il bene in carico. Appare un evidente processo molto più semplice senza dover affrontare complessi atti esecutivi da inquadrare sia ai fini notarili che anche relativamente alla disciplina tributaria (qualora prevalessse la natura traslativa di una proprietà immobiliare);
- appare altresì un'interessante **applicazione delle procedure di "exit" della componente privata dalla società** che ha un asset asservito a pubblico servizio: diviene una società a totale partecipazione pubblica sulle cui sorti il Comune potrebbe attivare diversi processi virtuosi: si pensi alla scelta con gara a doppio oggetto di un altro socio operativo, alla possibilità di fondere la società con altre società pubbliche per attuare processi aggregativi che sono all'ordine del giorno nei servizi pubblici locali a rete. Il tutto attraverso le c.d. operazioni societarie straordinarie che consentano riallocazione delle aziende (di cui fanno parte che le *essential facility*) senza soluzione di continuità dei rapporti giuridici ed economici.

In merito al punto centrale esaminato dalla Corte si deve osservare che la stessa:

- ha ritenuto che la convenzione in esame assuma natura giuridica di accordo accessivo rispetto ad un provvedimento amministrativo di concessione, risultando funzionale alla regolamentazione dei profili economici che discendono dall'atto concessorio. Può essere dunque latu sensu inquadrata nella categoria giuridica degli accordi ex art. 11, L. n. 241/1990, della cui natura pubblicistica non

può dubitarsi;

- ha ritenuto in via interpretativa che il legislatore, all'interno dell'art. 11, L. n. 241/1990, utilizzi il termine "accordi" in luogo del termine "contratti", prospettando una dismissione solo parziale della veste autoritativa da parte della P.A. stipulante. Infatti, il richiamo ai principi del Codice civile è temperato da una doppia clausola limitativa, che rende gli stessi applicabili solo ove compatibili con le regole che connotano l'agere pubblicistico;
- ha considerato che il formale acquisto della partecipazione (e, dunque, della qualità di socio), è stato deliberato dal Comune di Montefalcone di Val Fortore solo in data 9.2.2024 (seppur asseritamente in esecuzione di una preesistente convenzione-contratto), dal che discende l'assoggettamento *ratione temporis* alla disciplina contenuta nel TUSP e la conseguente necessità di verificare la sussistenza dei presupposti attualmente richiesti dal predetto testo unico – con disposizioni senza dubbio imperative in quanto volte a preservare il corretto ed efficace impiego delle risorse pubbliche e l'assetto concorrenziale del mercato – ai fini dell'acquisto della partecipazione societaria da parte dell'ente pubblico.

Il parere della Corte dei conti è obbligatorio?

In merito all'intervento della **Corte dei conti** recente [deliberazione \(n. 11/SSRRCO/QMIG/2024 Sezioni riunite](#) in sede di controllo) hanno affermato:

- sui limiti all'assoggettabilità dei provvedimenti che autorizzano operazioni societarie c.d. "straordinarie" al preliminare esame della Corte dei conti, prescritto dal comma 3 dell'art. 5 del TUSP, queste Sezioni riunite si sono pronunciate (in particolare, per trasformazione omogenea, fusione e aumento di capitale sociale) con la delibera n. 19/2022/QMIG. In tale sede è stato chiarito come l'art. 5 enunci puntualmente le tipologie di atti che devono essere trasmessi all'esame della Corte dei conti, vale a dire quelli aventi ad oggetto la "costituzione di una società a partecipazione pubblica" (incluse quelle miste pubblico-privato, disciplinate dal successivo art. 17) e di "acquisto di partecipazioni, anche indirette", da parte di amministrazioni pubbliche.
- l'ambito oggettivo di applicazione del citato comma 3 è stato, quindi, espressamente delimitato ai soli momenti (la costituzione di una società e l'acquisto di partecipazioni) in cui l'amministrazione pubblica entra per la prima volta in relazione con una realtà societaria, nuova o già esistente, assumendo la qualifica di socio.

Rilevato l'ambito oggettivo dell'intervento della Corte, che coinvolge – sotto un profilo meramente formale come in seguito precisato – l'acquisto della partecipazione di cui si discute in quanto atto con il quale il Comune acquisisce ex novo la condizione di socio della società, la sezione in esame illustra anche la natura del proprio intervento. A tale riguardo, in merito a tale funzione assegnata alla Corte dei

conti sono intervenute le Sezioni riunite in sede di controllo ([deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22](#) e [n. 19/SSRRCO/QMIG/2022](#)), che ne hanno individuato la ratio nell'esigenza di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta amministrativa, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato. Più in particolare, **nella deliberazione n. 16**, si specifica che:

“l'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un soggetto pubblico attraverso il diritto societario, sia in fase di creazione di un nuovo soggetto di diritto, sia in sede di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente, è un processo che si articola in due fasi: la prima ha carattere pubblicistico ed è finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell'ente di acquisire la veste di socio in uno dei tipi societari ammessi dal TUSP; la seconda, avente rilevanza privatistica, è volta a tradurre in attuazione la determinazione assunta in via amministrativa, attraverso gli strumenti del diritto societario (quali l'atto costitutivo e lo statuto, il contratto di acquisto della partecipazione in via diretta o mediante aumento di capitale) (...). La funzione attribuita alla Corte dei conti dalla novella legislativa si colloca proprio nel passaggio tra le due fasi, con il chiaro intento di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'Amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato, ciò in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili”.

Inoltre, la medesima deliberazione n. 16 ha chiarito come il pronunciamento previsto dall'art. 5, comma 4, del D.lgs. n. 175/2016 postuli *“l'espletamento di una peculiare attività di controllo di cui il legislatore individua i tempi, i parametri di riferimento e gli esiti”*. In particolare, anche se la pronuncia è qualificata (al solo comma 4) con il nomen juris di *“parere”*, il consesso nomofilattico contabile ha posto in evidenza la natura di controllo. Nell'espletamento di tale attività la Sezione, con specifico riferimento alla verifica motivazionale di cui all'art. 5 comma 3 del TUSPP, ha preso atto di quanto evidenziato nella delibera di consiglio comunale che ha disposto l'acquisto oggetto dell'istanza a Corte e precisamente:

- il principio della convenienza economica sarebbe stato in quanto le quote sono *“trasferite al valore simbolico di un euro (€ 1) con la ulteriore clausola senza spese”*;
- il principio della sostenibilità finanziaria sarebbe stato rispettato in quanto il Comune *“non sostiene spese non solo nell'acquisto della partecipazione ma anche nella successiva gestione – se del caso – dell'impianto”*;
- il principio dell'efficienza è rispettato in quanto *“l'amministrazione utilizza in maniera accorta le opportunità a suo tempo definite e dunque oggi concretamente a propria disposizione,*

perseguendo i propri obiettivi nel miglior modo possibile”.

- il principio dell’efficacia è rispettato in quanto *“tale operazione permette all’amministrazione di raggiungere l’obiettivo a suo tempo prefissato così come a suo tempo cristallizzato a seguito dell’avvio della procedura di programmazione di realizzazione di opera pubblica”;*
- il principio dell’economicità è rispettato in quanto *“l’amministrazione può utilizzare, in modo efficiente, le risorse finanziarie disponibili che rinvengono dalla partecipazione in termini di distribuzione di utilità”.*

L’esito finale delle analisi svolte della Sezione portano alla valutazione di una carenza motivazionale soprattutto con riferimento proprio alla rappresentazione e connessa giustificazione della convenienza economica, della sostenibilità finanziaria, dell’efficienza, efficacia ed economicità in quanto l’Ente istante...

...“oltre a non depositare un business plan coerente con il termine finale apposto al contratto di società, non si è in alcun modo soffermato (e non ha compiuto, al riguardo, alcuno sforzo motivazionale) sulla capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale, l’equilibrio economico-finanziario attraverso l’esercizio delle attività che ne costituiscono l’oggetto sociale, né sulla capacità della società di creare valore nell’arco dell’efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito. Non è dato comprendere quali approfondimenti siano stati svolti al riguardo.”

La carenza del business plan è dunque un elemento di evidente carenza motivazione in ragione di quanto richiesto dall’art. 5.

Attenzione anche ai trattati europei!

Per quanto poi riguarda la parte motivazionale sulla compatibilità dell’operazione con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese ([art. 5, comma 2, TUSP](#)), la Sezione lamenta una incompatibilità dello statuto della società - che è stato oggetto della deliberazione di consiglio comunale che ha disposto l’acquisto - in quanto non prevede alcuna disposizione di tipo procedurale (di evidenza pubblica ovvero con gara a doppio oggetto) qualora si presenti l’eventualità della scelta di un socio privato operativo. Tale carenza è diretta conseguenza del fatto che il Comune prevenendo l’acquisto della partecipazione – in disparte la disquisizione che si tratti o meno di atto dovuto – non ha valutato quale sarebbe stata la funzione futura assegnata a detta società e riprova di ciò è la carenza del Business plan. In conclusione, va tuttavia effettuata una **considerazione di tipo gius contabile che attiene al fatto che il Comune possa rifiutare l’acquisto della**

partecipazione, atteso che essa è lo strumento in base al quale fare rientrare “nel patrimonio pubblico” l’impianto e se tale rifiuto avvenisse possa determinare un’indebita riduzione di patrimonio pubblico. Né peraltro sarebbe immaginabile che la società rimanesse in vita in una situazione di stallo sull’utilizzo del bene in concessione. Pare evidente che siamo di fronte ad un caso specifico in cui l’ente deve valutare se colmare il deficit motivazionale sulla base del principio contenuto nell’ultimo comma dell’art. 5 che dispone:

"in caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni."

Infatti, nel caso di specie l’ente dovrà motivare la “mission” della società che va ad acquisire (esempio trasformarla in società in house, procedere alla scelta di un socio privato operativo con gara a doppio oggetto, aggregarla con altre società pubbliche) e conseguentemente:

- predisporre il business plan da cui effettuare le relative analisi;
- adeguare lo statuto sociale in base alla scelta assunta.

Riassumendo dovrà adottare una ulteriore deliberazione di consiglio con le connesse forme di pubblicità previste dalla legge. Così operando l’ente, colmando il vizio motivazionale lamentato dalla Sezione della Corte dei conti, visto la portata dell’ultimo comma dell’art. 5 citato, potrà procedere all’acquisto e non appare più necessaria una ulteriore istanza alla Corte.

Roberto Camporesi Sabato 1 giugno 2024

Holding: adempimenti dichiarativi e comunicativi

Webinar registrato di Venerdì 24/05/2024, ore 15:00 – 18:00

Relatori: Adriana Barea, Ennio Vial, Silvia Bettiol

Webinar dedicato al tema degli adempimenti dichiarativi e comunicativi della holding, con particolare attenzione alle comunicazioni all'anagrafe dei rapporti tributari.

L'ISCRIZIONE INCLUDE:

- accesso ai materiali eventualmente forniti dai relatori;
- accesso alla registrazione per 365 giorni.

ACCREDITAMENTO: corso registrato. Non accreditato.



SCOPRI DI PIU'