

Sezione

SEZIONI RIUNITE

Esito

SENTENZA

Materia**Anno**

2019

Numero

25

Pubblicazione

29/07/2019

Provvedimenti collegati

Nessun provvedimento collegato presente
Sentenza n. 25/2019/EL

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

L A C O R T E D E I C O N T I

S E Z I O N I R I U N I T E I N S E D E G I U R I S D I Z I O N A L E

in speciale composizione

composta dai seguenti magistrati:

Mario PISCHEDDA Presidente

Anna Luisa CARRA Consigliere relatore

Quirino LORELLI Consigliere

Elena TOMASSINI Consigliere

Giulia DE FRANCISCIS Consigliere

Giuseppe IMPARATO Consigliere

Donato CENTRONE I Referendario

ha emanato la seguente

S E N T E N Z A

Nel giudizio n. 647/SR/EL sul ricorso proposto dalla ...

Multiservizi S.p.A., in persona dell'Amministratore Delegato e

legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avv. Prof.

Francesco Sciaudone, Prof. Bernardo Giorgio Mattarella, Adriano

Pala Ciurlo, Flavio Iacovone e Gianluca Bucci, elettivamente

domiciliata in Roma, Via Pinciana n. 25;

per l'annullamento

della deliberazione della Corte dei conti, Sezione di controllo per

le Marche, n. 54/2018/VSG del 27 novembre 2018;

Visto il ricorso introduttivo del giudizio;

visto il decreto del Presidente della Corte dei conti che ha

determinato la composizione del Collegio, la fissazione d'udienza e la

nomina del relatore;

esaminato il ricorso e gli altri atti e documenti di causa;

uditi nella pubblica udienza del 5 giugno 2019 il relatore,

consigliere Anna Luisa Carra, il Prof. Avv. Bernardo Giorgio

Mattarella per la Società ricorrente e il rappresentante del Pubblico

Ministero, nella persona del Vice Procuratore generale Paolo

Rebecchi

F A T T O

1. Con deliberazione n. 54/2018/VSG del 27 novembre 2018, la Sezione regionale di controllo per le Marche, nell'ambito dei controlli sul rispetto delle norme del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (TUSP), riteneva che la società fosse da qualificarsi, alla stregua dello stesso Testo unico, come "società a controllo pubblico"; di conseguenza, verificato che il consiglio di amministrazione di "...

S.p.a." era composto da nove membri, accertava la violazione dell'art. 11 TUSP. Tale disposizione prevede che, "di norma", la gestione sia affidata ad un amministratore unico o, in via eccezionale e previa adozione di delibera motivata, ad un consiglio di amministrazione composto al massimo da cinque membri.

Esperiti accertamenti istruttori, ad avviso della Sezione erano sussistenti le condizioni di legge non solo per l'applicazione delle norme riguardanti la sola partecipazione "pubblica", ma anche per quelle la cui fattispecie presuppone il "controllo pubblico", enucleato in base al parametro dell'art. 2, comma 1, lett. b) ed m) del d.lgs. 175/2016.

La Sezione riteneva conforme al tenore letterale del citato art. 2 l'interpretazione resa dalla Struttura di monitoraggio istituita presso il MEF (art. 15 TUSP), secondo cui «la "Pubblica Amministrazione", quale ente che esercita il controllo, [è] stata intesa dal legislatore del TUSP come soggetto unitario, a prescindere dal fatto che,

nelle singole fattispecie, il controllo di cui all'art. 2359, comma 1, numeri 1), 2) e 3), faccia capo ad una singola Amministrazione o a più Amministrazioni cumulativamente».

Sulla base della citata definizione, affermava che «trovano applicazione tutte le disposizioni del d.lgs. n.175 del 2016» che presuppongono il “controllo pubblico” «ivi incluse quelle che disciplinano la composizione dell’organo di amministrazione”. Conseguentemente, accertava che “la ...Multiservizi Spa”, partecipata dal comune di Fermignano “ha omesso di dare attuazione alla disposizione di cui all’art. 11, c. 2 e 3, del D.Lgs. 175/2016 relativi alla composizione dell’organo di amministrazione”.

Concludeva, altresì, segnalando al comune di Fermignano “la necessità di un’attenta verifica circa la qualificazione della menzionata società alla luce delle considerazioni in parte motiva riservando ulteriori verifiche in merito ai provvedimenti conseguentemente assunti.”

2. Il ricorso è stato notificato dal procuratore della Società, ai sensi dell'art. 7 della L. n. 53/1994, con raccomandata spedita il 5 aprile 2019, alla Procura generale presso le Sezioni riunite, al Comune di Fermignano, alla Procura regionale presso la Sezione di controllo per le Marche nonché alla Sezione regionale di controllo per le Marche.

In particolare, afferma di avere avuto conoscenza della deliberazione n. 54 in data 14 marzo 2019, attraverso il richiamo ad essa operato nella nota prot. 4104 con la

quale il comune di Fermignano, facendo seguito all'accertamento operato dalla Sezione di controllo con la deliberazione in esame, invitava "...." a "presentare (...) entro il 10 aprile 2019 la relazione sul governo societario, di cui all'art.6 del decreto legislativo n.175 del 2016, qualora la società approvi il bilancio 2019 entro il 30 aprile 2019".

In via preliminare, la ricorrente ritiene di essere legittimata ad agire e di avere interesse all'impugnazione della prefata deliberazione, sulla scorta dei principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 39 del 2014. Tale sentenza, infatti, ha riconosciuto la facoltà di ricorrere agli ordinari strumenti di tutela giurisdizionale previsti dall'ordinamento, a garanzia dei principi degli art. 24 e 113 Cost., laddove le deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti abbiano effetti non meramente "collaborativi" bensì "imperativi" o "inibitori".

A tal fine la ricorrente ha evidenziato che gli artt.11 e 124 del Codice di giustizia contabile hanno espressamente attribuito alle SS.RR. in speciale composizione la competenza a decidere in unico grado i giudizi "nella materia di contabilità pubblica nel caso di impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo" e che le disposizioni dettate dal legislatore in tema di coordinamento della finanza pubblica rientrano pacificamente nella materia della "contabilità pubblica" (SS.RR. in sede di controllo n. 54/2010).

Infine, ha sottolineato che la Sezione di controllo per le Marche, nella

delibera in esame, ha affermato l'obbligo di adeguamento di "Marche Multiservizi S.p.a." alle disposizioni dell'art. 11 TUSP ed ha sollecitato, in tal senso, il Comune di Fermignano a adottare i provvedimenti necessari. Ha altresì trasmesso al MEF la pronuncia di accertamento in questione.

Conseguentemente il Comune, con la citata nota prot. 4104 del 14 marzo 2019 ha invitato a "presentare (...) entro il 10 aprile 2019 la relazione sul governo societario, di cui all'art.6 del decreto legislativo n. 175 del 2016, qualora la società approvi il bilancio 2019 entro il 30 aprile 2019", disposizione prevista per le società a "controllo pubblico".

Pertanto, in ragione degli effetti concreti che la deliberazione determina nei confronti della Società, per mezzo sia di un socio che della struttura di monitoraggio, afferma di avere interesse a ricorrere in quanto, laddove dovesse essere tenuta ad ottemperare a tali disposizioni di legge, per effetto di conseguenti atti amministrativi o di diritto comune, vedrebbe compromessi i propri equilibri di governance all'interno del Consiglio di amministrazione.

Nel merito, il ricorso affida ad un unico motivo la censura della deliberazione impugnata, ovvero la violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 11 del decreto legislativo n. 175 del 2016, nella misura in cui la Sezione di controllo, inserendo "...." nel perimetro delle "società a controllo pubblico" ai sensi del citato art. 2, ha sostanzialmente equiparato queste ultime alle "società a

partecipazione pubblica”, ritenendo sufficiente – al fine di condizionare l’andamento gestionale complessivo della Società – il semplice possesso da parte dei soci pubblici della maggioranza frammentata delle azioni e dei voti in Consiglio di amministrazione. In particolare, la ricorrente, dopo aver illustrato le vicende societarie della “...”, contesta la sommarietà dell’istruttoria condotta da parte della Sezione marchigiana, ai fini della valutazione dell’effettivo condizionamento dell’andamento gestionale, tanto in ordine all’esame dello statuto societario che di un patto parasociale stipulato il 28 luglio del 2015 di durata quinquennale e, quindi, tuttora vigente, che rende essenziale il voto dei consiglieri nominati dal socio privato (...) per tutte le operazioni principali; a proprio favore cita, inoltre, quanto affermato, sul punto, dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) con delibera del 6 settembre 2007 in relazione all’operazione di fusione per incorporazione di “...” in “... Multiservizi”, ovvero, che pur in presenza di partecipazioni pubbliche, poiché l’assetto statutario prevedeva la maggioranza qualificata di sei consiglieri su sette per l’approvazione del budget annuale preventivo e del piano industriale, oltre che per la designazione dei componenti degli organi sociali delle società controllate e/o partecipate, la Società sarebbe stata “soggetta al controllo congiunto di ... e del Comune di Pesaro, in quanto in assenza del voto favorevole di almeno uno dei consiglieri nominati da tali soggetti,

le predette decisioni del C.d.a non potrebbero essere adottate”.

Il provvedimento dell’Autorità antitrust, pertanto, ha posto in risalto la circostanza che il voto privato è condizionante la governance, a dimostrazione dell’esistenza non già di un controllo pubblico, bensì di un controllo congiunto tra socio pubblico e socio privato.

In secondo luogo, la ricorrente precisa che a seguito delle operazioni di fusione con “...Net”, non può configurarsi alcun controllo pubblico quando la maggioranza relativa, pari al 46,2% del capitale sociale è detenuta proprio dal socio privato “...”, a fronte del 25,3% posseduto dal Comune di Pesaro, dell’8,61% detenuto dalla Provincia di Pesaro e Urbino e di partecipazioni pulviscolari (tra lo 0,0003% e il 2,4%) detenute da diversi comuni (tra i quali quello destinatario della deliberazione impugnata) e da due unioni montane.

Tale ripartizione preclude, infatti, ogni modifica statutaria (comprensiva anche dello stesso mutamento del numero dei componenti del Consiglio di amministrazione) senza la partecipazione e il consenso di “... S.p.a.”, la quale può, in questo modo, esercitare una posizione di blocco, ai sensi dell’art. 13 dell’attuale Statuto, il quale espressamente dispone che “l’Assemblea straordinaria sarà validamente costituita e validamente delibererà, in prima, seconda e terza convocazione con una presenza e con una maggioranza superiore all’85%del capitale sociale”.

Ad escludere la sussistenza del “controllo pubblico” la ricorrente sottolinea il diritto di veto dei consiglieri espressione del capitale privato

per decisioni essenziali per il funzionamento della società (quali le operazioni di acquisizioni e dismissioni di attività, il conferimento e la modifica dei poteri dell'amministratore delegato, l'approvazione del budget annuale) dal momento che occorre il voto favorevole di otto consiglieri su nove, laddove "...” ha diritto ad esprimerne quattro.

Infine, la ricorrente precisa che sia la determinazione dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) n. 1134 del 20 novembre 2017, che l'Orientamento del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) espresso in data 15 febbraio 2018, richiamati dalla Sezione di controllo per le Marche, pur avendo adottato un'interpretazione estensiva dell'art. 2 TUSP rispetto alla nozione civilistica di "società a controllo pubblico" disciplinata all'art. 2359 c.c. - che fa riferimento ad un unico soggetto controllante - hanno ritenuto, comunque, che il controllo pubblico si possa avere in presenza di più amministrazioni pubbliche laddove operino congiuntamente, circostanza non sussistente nel caso della ...S.p.a., in cui non solo non è presente il coordinamento tra i soci pubblici ma, soprattutto, le decisioni (non ultima quella del numero dei componenti del C.d.a.) vengono assunte esclusivamente con il voto determinante del socio privato "...”.

Infine, la ricorrente richiama la sentenza n. 16 del 2019 delle Sezioni riunite in speciale composizione che si è pronunciata su fattispecie analoga e che ha escluso che "...” potesse configurarsi quale "società a controllo pubblico".

3. Con memoria depositata in data 21 maggio 2019, la Procura

generale ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per tardività e, nel merito, ne ha chiesto il rigetto in quanto infondato.

3.1. Con riferimento alla eccezione di tardività, la Procura rileva che il ricorso è stato notificato in data 5 aprile 2019, ovvero oltre il trentesimo giorno dalla comunicazione via PEC della deliberazione impugnata, da parte della Sezione di controllo delle Marche, al comune di Fermignano, avvenuta in data 3 dicembre 2018.

Trattandosi di impugnazione ai sensi dell'art. 11, comma 6, lettera e) del codice di giustizia contabile, ovvero "conseguente alle deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo" ne è prevista la proposizione, ex art. 124 primo comma, a pena di inammissibilità, entro trenta giorni dalla "conoscenza legale" della delibera impugnata: il dies a quo da prendere in considerazione per il computo di detto termine non potrebbe che coincidere con la comunicazione via PEC effettuata dalla Sezione di controllo al sopracitato comune, in quanto unico soggetto direttamente interessato dalle predetta deliberazione.

Privo di pregio, ad avviso della Procura generale, sarebbe quanto affermato dalla ricorrente circa la data in cui ha effettivamente avuto conoscenza della delibera in esame, ovvero a seguito della trasmissione della nota prot. 4104 del 14 marzo 2019 da parte del comune.

Accedendo a tale interpretazione, infatti, si vanificherebbero le esigenze di stabilità e certezza dell'azione amministrativa ritenute prevalenti dal Legislatore che, invece, ha previsto per l'impugnazione di questo tipo di deliberazioni un termine perentorio breve di soli trenta giorni: tale

tesi, peraltro, troverebbe conforto, per converso, nella disposizione di cui al comma 2 dell'art. 124 del codice prevista per gli altri tipi di ricorso (ovvero diversi da quelli di cui al comma 1) che "sono proponibili finché l'atto oggetto del giudizio produce effetti giuridici e sussista interesse all'impugnativa".

3.3. Nel merito, l'Ufficio requirente ritiene il ricorso infondato.

La delibera della Sezione di controllo, infatti, appare corretta in ordine alla verifica del rispetto delle disposizioni previste dal TUSP, emanate con il precipuo intento del riordino delle società a partecipazione pubblica in vista del conseguimento dell'obiettivo di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica.

L'attività istruttoria svolta dalla Sezione ha accertato un dato di fatto, ovvero che la "...", in forza delle modifiche statutarie intervenute nel 2017, risulta amministrata da un C.d.a. composto da nove membri, mentre l'art. 11 del TUSP prevede, di regola, l'amministratore unico, ovvero, laddove la società decida di derogare a tale disposizione, un C.d.a. composto da tre o cinque componenti, tuttavia con l'adozione di una specifica deliberazione motivata in relazione alla sussistenza di specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi. La Sezione ha accertato che tale atto deliberativo, in ogni caso, non risulta adottato e che la Società non ha adeguato il proprio assetto statutario alle disposizioni di legge.

In ordine all'assoggettamento della predetta società al TUSP, la

Procura generale ritiene che ai fini della qualificazione della "...S.p.a." quale "società a controllo pubblico" debbano essere

tenute presenti le seguenti circostanze, tutte valorizzate nelle delibere impugnate: 1) l'art. 5 dello statuto prevede che la maggioranza del capitale sociale possa essere detenuta da soci di natura pubblica e, nel caso in esame, da ricerche effettuate dalla sezione marchigiana presso la CCIAA la maggioranza del capitale sociale appartiene a soci pubblici; 2) il C.d.a. è composto da nove membri di cui 5 nominati da soci pubblici che pertanto possiedono la maggioranza dei voti sia in consiglio che in assemblea.

Privo di rilevanza nel presente giudizio sarebbe il riferimento al patto di sindacato del 28 luglio 2015, stipulato soltanto con il Comune di Pesaro e non con gli altri soci pubblici che, pertanto non hanno alcun vincolo giuridico. Inoltre, detto patto parasociale fa riferimento ad un C.d.a. composto da sette soci, ovvero diverso dall'attuale compagine societaria: del pari, non può essere utilmente richiamata la delibera AGCM n. 17316/2007, che si riferisce ad una situazione non corrispondente all'attuale assetto societario.

Infine, la Procura generale sottolinea come "... S.p.a" sia un soggetto solo formalmente privato ma, sostanzialmente si tratta di società quotata a controllo pubblico, essendo a sua volta controllata da vari comuni emiliani, detentori complessivamente del 48,5% del capitale sociale e legati tra loro da un patto di sindacato.

Per tali ragioni l'organo requirente ritiene che la delibera impugnata sia meritevole di conferma e, conclusivamente, chiede il rigetto del

ricorso.

4. Nel corso della discussione orale, il patrocinante di ... S.p.a. e la Procura hanno richiamato gli argomenti sopra

riportati, tanto in punto di ammissibilità del ricorso che in punto di merito.

Al termine dell'udienza, il Collegio si è ritirato in camera di consiglio per la decisione.

DIRITTO

1. In via pregiudiziale, occorre esaminare l'eccezione di inammissibilità del ricorso per tardività avanzata dalla Procura generale, in quanto l'atto introduttivo del giudizio sarebbe stato notificato oltre il termine di trenta giorni dalla trasmissione via PEC al comune della deliberazione impugnata.

L'eccezione è infondata.

Sul punto, queste Sezioni riunite si sono già espresse con la sentenza n. 16 del 2019 e non ravvisano valide ragioni per discostarsi dal suddetto orientamento. L'art. 11, c. 6, lett. e), del c.g.c attribuisce alle Sezioni riunite in speciale composizione, "nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica" la competenza a decidere in unico grado sui giudizi "nelle materie di contabilità pubblica, nel caso di impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo".

L'art. 123 del Codice, al comma 2, lett. b), prevede che nei giudizi in unico grado innanzi alle Sezioni riunite in speciale composizione il ricorso debba contenere, oltre che l'oggetto della domanda, anche

l'indicazione dell'atto o del provvedimento impugnato e "la data della sua notificazione, comunicazione o comunque della sua conoscenza".

Infine, l'art. 124 del Codice, comma 1, dispone che "il ricorso avverso la deliberazione della sezione regionale di controllo è proposto, a pena di inammissibilità, entro trenta giorni dalla conoscenza legale della delibera impugnata (...)".

Il Collegio ritiene che le sopracitate disposizioni normative non consentano di ancorare il dies a quo del termine per proporre l'impugnazione alla data del deposito o pubblicazione della delibera impugnata o anche a quella della notifica via PEC al solo comune destinatario dell'attività di controllo, sì da far derivare una sorta di intangibilità erga omnes delle statuizioni in essa contenute decorso il termine di trenta giorni. Proprio in quanto si tratta di ricorsi ad istanza di parte e quest'ultima si individua con riferimento al contenuto dispositivo del provvedimento impugnato, il legislatore ha previsto che il ricorso debba contenere non solo la data di "notificazione" della deliberazione (che riguarda i soggetti individuati nell'atto quali destinatari della stessa) ma anche quella della sua "comunicazione" o "comunque della sua conoscenza", con ciò intendendo ricomprendere anche le posizioni giuridiche soggettive di tutti coloro per i quali può riconoscersi la legittimazione ad impugnare ai sensi dell'art. 11, c. 6, lett. e), del c.g.c, ancorché non siano stati destinatari della notifica della deliberazione, ma ne abbiano avuto conoscenza in un momento

successivo in forza di comunicazione o altra modalità. In tal senso è
conducente l'affermazione di parte ricorrente che sottolinea la
stretta connessione tra la legittimazione ad impugnare e il computo
del termine dalla conoscenza della deliberazione.

L'art. 124 del Codice, invero, impone al Collegio lo scrutinio e
l'accertamento della "conoscenza legale" della deliberazione
impugnata da parte della ricorrente ai fini del computo del termine
di trenta giorni concesso a tutte le parti legittimate, tanto che siano
state destinatarie dirette della notifica della deliberazione
impugnata tanto che ne abbiano avuto conoscenza per successiva
comunicazione o aliunde.

Il Collegio ritiene che l'argomentazione sostenuta dalla Procura
generale, che ravvisa quale prioritaria esigenza di certezza del
diritto - voluta dal legislatore - quella di sottoporre ad un termine
breve la possibilità di annullare e/o riformare le deliberazioni delle
Sezioni regionali di controllo, sia priva di pregio e possa condurre
ad esiti paradossali: laddove - come nel caso all'esame del Collegio
- la deliberazione della Sezione di controllo sia pervenuta nella sfera
di conoscenza di un soggetto diverso dall'ente locale destinatario
oltre il trentesimo giorno dalla notificazione a quest'ultimo,
dovrebbe negarsi, in radice, la stessa possibilità di impugnare,
riconosciuta, invece, dall'art. 11 c.g.c. cit., a chiunque sia titolare di
situazioni soggettive "conseguenti" alle deliberazioni di controllo,
con l'ulteriore corollario che la platea dei soggetti posti in condizione

di impugnare nei termini potrebbe dipendere unicamente dalla circostanza - di mero fatto- che la Sezione di controllo li abbia inclusi o meno tra i destinatari della notifica o comunicazione della deliberazione.

Il Collegio, invero, ritiene che nel caso in specie il ricorso sia tempestivo, in quanto risulta dalla documentazione versata in atti che è stato notificato il trentesimo giorno dalla “conoscenza legale” della delibera impugnata, trasmessa alla “...” dal comune di Fermignano.

Il Collegio osserva, inoltre, che l’organo requirente non ha sollevato alcuna eccezione in ordine alla legittimazione della ricorrente e che, pertanto, appare contraddittorio affermare, come nel caso in esame, che il termine per impugnare si sia consumato ancor prima che “...” abbia avuto effettiva conoscenza della deliberazione n.54/2018 della Sezione di controllo delle Marche.

2. Scrutinata e respinta l’eccezione pregiudiziale, il Collegio affronta il merito della causa.

In punto di legittimazione e di interesse a ricorrere il Collegio richiama l’orientamento delle Sezioni riunite già espresso con la richiamata pronuncia n. 16 del 2019, resa in relazione a ricorsi proposti da avverso deliberazioni della Sezione di controllo per le Marche di identico tenore.

Il ricorso in esame – articolato in un solo motivo e, segnatamente, sull’assunta erronea interpretazione e applicazione del concetto di

“controllo pubblico” di cui all’art. 2, lett. b) ed m) in relazione all’art. 11 del TUSP– è fondato e per l’effetto va respinta la richiesta di rigetto avanzata dalla Procura generale.

2.1. La Sezione di controllo, nella deliberazione impugnata, ha basato l’accertamento della qualità di “società a controllo pubblico” nei confronti di argomentando sulla base delle norme statutarie, ed in specie con riguardo agli articoli 5 e 15.

Pertanto, ne ha dedotto che “i soci pubblici possiedono la maggioranza dei voti sia in assemblea che nel consiglio di amministrazione e possono in tal modo condizionare l’andamento complessivo della gestione della società”; ha inoltre ritenuto che “la frammentazione delle quote di partecipazione in capo ad una pluralità di amministrazioni non osti alla configurabilità del controllo pubblico” ed in tal senso ha richiamato l’atto di orientamento della Struttura di controllo e monitoraggio prevista dall’articolo 15 del TUSP, in data 15 febbraio 2018, secondo il quale la “Pubblica amministrazione, quale ente che esercita il controllo, è stata intesa dal legislatore del TUSP come soggetto unitario, a prescindere dal fatto che, nelle singole fattispecie, il controllo di cui all’art. 2359, comma 1, numeri 1),2),3), faccia capo ad una singola amministrazione o a più amministrazioni cumulativamente.”

Osserva il Collegio che l’organo amministrativo statale, al fine di enucleare la corretta nozione di “società a controllo pubblico”, si è basato su una asserita interpretazione letterale del combinato disposto delle lettere b) e m) dell’art. 2, comma 1, evidenziando

come «alla luce dello stesso deve ritenersi che il legislatore del TUSP abbia voluto ampliare le fattispecie del “controllo” talché, “in coerenza con la ratio della riforma volta all'utilizzo ottimale delle risorse pubbliche e al contenimento della spesa, al controllo esercitato dalla Pubblica Amministrazione sulla società appaiono riconducibili non soltanto le fattispecie recate dall'art. 2, comma 1, lett. b), del TUSP, ma anche le ipotesi in cui le fattispecie di cui all'articolo 2359 c.c. si riferiscono a più Pubbliche Amministrazioni, le quali esercitano tale controllo congiuntamente e mediante comportamenti concludenti, pure a prescindere dall'esistenza di un coordinamento formalizzato», concludendo che «sia l'interpretazione letterale sia la ratio sottesa alla riforma nonché una interpretazione logico-sistematica delle disposizioni citate, inducono a ritenere che la “Pubblica Amministrazione”, quale ente che esercita il controllo, sia stata intesa dal legislatore del TUSP come soggetto unitario, a prescindere dal fatto che, nelle singole fattispecie, il controllo di cui all'art. 2359, comma 1, numeri 1), 2) e 3), faccia capo ad una singola Amministrazione o a più Amministrazioni cumulativamente».

Questo Giudice, tuttavia, ritiene che il richiamo alla nota di orientamento della struttura di controllo e monitoraggio non sia conducente a scrutinare la sussistenza o meno dello status di “società a controllo pubblico” che, invero, non può essere desunto dai meri indici costituiti dalla maggioranza di azioni e di consiglieri nel C.d.A., ma richiede precipua attività istruttoria volta a verificare se, nel caso concreto, sussistano le condizioni richieste dall'art. 2, lett. b) del TUSP.

2.2. Contrariamente a quanto affermato dalla Sezione di controllo e dalla Procura, infatti né la ratio né la lettera dell'art. 2, lett. b) ed m) sono sufficienti a sostenere che il TUSP abbia introdotto una nozione di controllo "funzionale" totalmente disarticolata dal concetto di "controllo" civilistico, consentendo di configurarlo in presenza di una mera, frammentaria, partecipazione pubblica maggioritaria.

2.3. In via preliminare, infatti, il Collegio sottolinea che ai sensi dell'art. 1, comma 3, del TUSP, "per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato".

La norma sopracitata, quindi, costituisce la direttrice interpretativa di tutte le disposizioni dettate dal TUSP per le società a partecipazione pubblica, di cui quelle "a controllo pubblico" ne costituiscono una species ai sensi dell'art.2 lett. m) e ne ravvisa la "specialità" solo in forza di deroghe espresse al codice civile, a garanzia dell'omogeneità della disciplina di diritto comune. Ai successivi commi 4 e 5 dell'art. 1 sono elencate le categorie di disposizioni escluse dall'applicazione del TUSP.

E' in tale ottica, inoltre, che devono essere lette le disposizioni normative successive, contenute nell'art.2 , rubricato "definizioni", che riveste la finalità di delimitare l'ambito soggettivo di applicazione del TUSP in relazione alle varie tipologie di società partecipate da pubbliche amministrazioni individuate dalle lettere da

a) a p), di cui se ne qualificano i presupposti che, tuttavia, non possono essere disancorati dagli analoghi istituti del codice civile, laddove richiamati, come nel caso del concetto di “controllo pubblico”.

2.4. Il TUSP prevede infatti due grandi gruppi di norme poste tra loro in rapporto di genus e species, di cui le prime applicabili a società (e pubbliche amministrazioni intestatarie delle quote e azioni) per il semplice fatto della partecipazione, altre in relazione alla riconoscibilità della situazione di “controllo pubblico”, come nel caso dell’art. 11 TUSP, oggetto dell’accertamento operato Sezione regionale di controllo.

L’art. 2, lettera m), del TUSP, definisce “«società a controllo pubblico» le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)” e quest’ultima a sua volta definisce come “«controllo» la situazione descritta nell’articolo 2359 del codice civile” operando un rinvio al codice civile; per l’effetto, il richiamo alla “situazione” decritta nell’art. 2359 c.c. non può che essere letto, ad avviso del Collegio, negli stessi termini in cui è inteso nel codice civile, ovvero con riferimento all’esistenza di un soggetto (una società) o di un gruppo organizzato in grado di manifestare una volontà unitaria idonea a esercitare un dominio effettivo sulla governance societaria.

La stessa norma, nel secondo inciso (lett. b), precisa che: “Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o

di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo”.

Detto secondo inciso costituisce l'elemento di specialità rispetto alla disciplina civilistica, che ne amplia la portata: in tale disposizione, infatti, trova fondamento – a certe condizioni – quello che dalla dottrina e dalla giurisprudenza antecedente l'emanazione del TUSP è stato definito “controllo congiunto”, ovvero la possibilità che una pluralità di pubbliche amministrazioni (ai sensi dell'art. 2, lett. m), detentrici di un capitale azionario frammentato inidoneo a configurare la “situazione” di cui all'art. 2359 cit., da “moltitudine” diventi “una”, in grado di influire sulle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale: siffatta *reductio ad unum* della volontà assembleare, tuttavia, deve risultare da norme di legge o statutarie, ovvero da patti parasociali.

Questi ultimi non possono che essere quelli disciplinati dall'art. 2341 bis c.c., la cui ratio è “stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società” (art. 2341-bis c.c.).

Il Collegio osserva che è pur vero che la stessa norma codicistica ricorda che i patti parasociali sono validi “in qualunque forma stipulati”, assumendone la “forma libera” e che l'esistenza dei patti parasociali può dunque essere provata, anche nell'ambito e per gli effetti di legge nei procedimenti di controllo, con qualsiasi mezzo, salvo i limiti previsti dall'art. 2721 comma 2 c.c. e dall'art. 2729 c.c.:

tuttavia, in presenza di pubbliche amministrazioni, obbligate alla trasparenza nella gestione della propria attività istituzionale e negoziale, i patti parasociali sono necessariamente formalizzati per iscritto e presuppongono un deliberato dell'organo amministrativo di ciascuna amministrazione partecipante che esprime la propria volontà nell'assemblea.

2.5 Al di fuori di forme di coordinamento istituzionalizzato tra più pubbliche amministrazioni in grado di influire sulle scelte gestionali e strategiche della società - risultante da norme di legge, statutarie e da patti parasociali - eventuali situazioni di coordinamento di mero fatto non possono assumere rilievo ai fini della configurabilità della nozione di "controllo pubblico".

Occorre sottolineare, peraltro, che nel TUSP non viene mai utilizzata l'espressione "controllo congiunto" (coniata dalla giurisprudenza amministrativa e che evoca la possibilità di accordi più o meno formali tra pubbliche amministrazioni) mentre è previsto il "controllo analogo congiunto" che si realizza tutte le volte in cui "l'amministrazione esercita congiuntamente ad altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi": laddove il legislatore avesse voluto intendere analoga modalità di azione fra pubbliche amministrazioni avrebbe usato identica terminologia.

Peraltro, sotto il profilo normativo, nessuna disposizione prevede espressamente che gli enti detentori di partecipazioni debbano

provvedere alla gestione delle partecipazioni in modo associato e congiunto né, per converso, che non possano provvedervi congiuntamente al socio privato, come nel caso in esame: infatti, l'interesse pubblico che le stesse sono tenute a perseguire non è necessariamente compromesso dall'adozione di differenti scelte gestionali o strategiche, che ben possono far capo a ciascun socio pubblico in relazione agli interessi locali di cui sono esponenziali. Detto interesse, inoltre, va individuato e valutato in relazione alle finalità realizzate in concreto dalla società, quale soggetto unitariamente considerato.

Come sottolineato dal Consiglio di Stato (cfr. sent. Sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578, 12.1) "(...) non convince la conclusione dell'appellata sentenza per la quale a una partecipazione a dimensione quantitativa pulviscolare non può per definizione seguire lo svolgimento di un servizio di interesse generale. Si tratta in realtà di profili differenti, l'uno relativo alla finalità dell'attività, l'altro alla dimensione della sua organizzazione, che occorre tenere distinti".

Il Supremo consesso della magistratura amministrativa, nel sottolineare, nel prosieguo della citata pronuncia, la necessità concreta per le pubbliche amministrazioni detentrici di partecipazioni pulviscolari di rafforzare l'azione collettiva e la posizione di debolezza assembleare attraverso la stipula di patti parasociali o con particolari previsioni statutarie (cfr. punto 12.2 sent. cit) desume implicitamente che nell'ordinamento non esista una norma che ponga

tale obbligo né che quest'ultimo possa trovare fondamento attraverso un'interpretazione "funzionale" delle disposizioni del TUSP.

D'altra parte, specialmente con riferimento alle partecipazioni azionarie detenute dagli enti locali, come nell'ipotesi di cui è causa, un siffatto "obbligo" di operare congiuntamente - anche attraverso patti parasociali - dovrebbe risultare da disposizioni normative espresse, in quanto determinerebbe una sorta di "consorzio obbligatorio" tra enti territoriali posti tra loro, invero, in posizione equiordinata. Né l'appartenenza al comune bacino della "pubblica amministrazione" è idonea a configurare ex se un obbligo di instaurare relazioni intersoggettive.

2.6 Quanto all'art. 2359 cod. civ. , il Collegio rammenta che le tre ipotesi ivi previste sono il cosiddetto controllo "di diritto" ("società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria"), quello cosiddetto di fatto ("le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria") e quello cosiddetto esterno ("società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa").

In tutte e tre le ipotesi esistono strumenti giuridici, di maggioranza assoluta o relativa, in grado di indirizzare ad un comportamento uniforme la società controllata rispetto ad un centro, anche plurimo, ma organizzato quale soggetto unitario, di decisione strategica.

L'art. 2359 c.c., infatti, presuppone in tutte e tre le ipotesi l'unità

organizzativa ed istituzionalizzata del soggetto controllante, poiché tratta del controllo di una società su un'altra società.

Pertanto, tutte le ipotesi considerate, compresa quella aggiunta dal TUSP, presuppongono dunque un'organizzazione giuridica unitaria da parte chi esercita il "dominio", in modo da potere imprimere un'unità di indirizzo strategico al soggetto partecipato.

2.7. Per altro verso, il controllo "pubblico" di cui alla lettera b) ed m) dell'art. 2 TUSP, è un concetto di relazione, nel senso che si qualifica in connessione alla eventuale assenza o partecipazione ininfluente di soggetti di privati.

In buona sostanza, la partecipazione pubblica diffusa, frammentata e maggioritaria non costituisce ex se prova o presunzione legale dell'esistenza di coordinamento tra i soci pubblici, che deve invece essere accertato in concreto; può, invece costituire un mero indice presuntivo per la Sezione di controllo competente ad effettuare un'approfondita istruttoria al fine di procedere all'accertamento dello status di "società a controllo pubblico", specialmente in presenza di partecipazione "private", anche ai soli fini del TUSP (art. 1, comma 5).

La situazione di "controllo pubblico", in definitiva, non può essere presunta ex lege (né juris tantum, né tantomeno iuris et de jure) in presenza di una partecipazione maggioritaria di più amministrazioni pubbliche, né si può automaticamente desumere da un "coordinamento di fatto"; esso deve risultare esclusivamente da norme di legge, statutarie o da patti parasociali che – richiedendo il consenso unanime o maggioritario di tutte o alcune delle pubbliche

amministrazioni partecipanti – determini la capacità di tali pubbliche amministrazioni di incidere sulle decisioni finanziarie e strategiche della società.

Un'interpretazione che, pur nella logica di voler estendere a più soggetti pubblici norme di contenimento della spesa, finisca per omologare i due concetti di "partecipazione pubblica" e "controllo pubblico" sarebbe in contrasto con la lettera n) dell'art.2 del TUSP che ha distinto le due categorie e che utilizzando alla precedente lettera m) l'espressione "esercitano i poteri di controllo ai sensi della lett. b)" richiama un concetto dinamico, di concreto dominio sull'attività gestionale, distinto dalla mera partecipazione al capitale sociale.

3. In conclusione, il Collegio ritiene che dalla lettura di siffatte disposizioni possano evincersi due rilevanti conseguenze, ai fini del giudizio di cui è causa: la prima attiene alla inapplicabilità delle disposizioni dell'art.2359 c.c. alla società "..." per il solo fatto della partecipazione pubblica maggioritaria, la seconda è che dal riscontro dei fatti emerge in modo chiaro ed univoco che il socio privato concorre in modo determinante alla governance della società, dovendosi escludere la situazione di "controllo pubblico".

3.1. Dalla documentazione versata in atti dalla ricorrente emerge che il capitale sociale di "..." è attualmente detenuto dal socio privato "..." per il 46,2%, dal comune di Pesaro per il 25,3%, dalla provincia di Pesaro e Urbino per l'8,6% e per la restante parte da partecipazioni pulviscolari di un gruppo di comuni delle

Marche, senza un coordinamento cogente per le parti pubbliche, di tipo negoziale, rilevante ai sensi dell'art. 2359 c.c. La stessa ...

– che dai pubblici registri risulta partecipata per il 47,9% da soci pubblici, mentre per il 51,1% da flottante – è una società quotata in borsa, ragione per la quale ad essa si applica la disciplina in deroga di cui all'art. 1, comma 5, del TUSP.

Ai sensi di tale disposizione, come modificata dall'art 1, comma 721, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, le disposizioni del TUSP: «si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), nonché alle società da esse controllate».

In definitiva, da un lato, ai fini del TUSP, la società ... – nonostante la notevole e determinante partecipazione pubblica che la caratterizza – ai fini del TUSP ed in ragione della sua quotazione in borsa deve considerarsi un “socio privato”.

3.2 In terzo luogo, dall'analisi dello statuto vigente emerge che la società è amministrata da un Consiglio di amministrazione composto da nove membri, compreso il Presidente, di cui due nominati dal Comune di Pesaro, uno dal comune di Urbino, uno dalla provincia di Pesaro e Urbino e uno da una serie di piccoli comuni del marchigiano, mentre i restanti quattro componenti sono espressione del socio privato “...”(art. 15); l'assemblea straordinaria che è richiesta per le modificazioni statutarie, delibera in ogni sua convocazione con la maggioranza superiore all'85% del capitale sociale (art. 13) e, pertanto, il voto favorevole del socio privato “...” è

necessario per qualsiasi modificazione statutaria. Ciò comporta che, in assenza del voto favorevole dell'azionista privato "...": non possono essere modificati a) il numero dei componenti del Consiglio di amministrazione, b) l'attribuzione delle deleghe al consigliere nominato dall'azionista privato. Inoltre (art. 18) è necessario il quorum di otto consiglieri su nove per l'adozione delle principali delibere del Consiglio di amministrazione (quali la designazione dei componenti degli organi sociali delle società controllate e/o partecipate; le proposte di fusioni, scissioni, incorporazioni in altre società; le proposte di modifica dello statuto; le operazioni di acquisizione, dismissione, conferimenti, scorpori di attività, rami aziendali; il conferimento e la modifica di poteri all'Amministratore delegato, scelto tra i soci non pubblici ai sensi dell'art. 21, l'approvazione del budget annuale preventivo e del piano industriale proposto dall'Amministratore delegato, la nomina dei consiglieri cooptati, l'attribuzione di compensi agli amministratori investiti di particolari cariche, la proposta di distribuzione di dividendi e riserve, la modifica ai contratti con le società degli asset).

3.3 Già l'analisi dell'assetto statutario sarebbe da sola sufficiente ad escludere la concreta possibilità che tutti i soci pubblici possano incidere sulle "decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale" ai sensi dell'art.2, lett. b), TUSP, senza il consenso del socio privato "...". Conseguentemente, la decisione di ridurre il numero degli amministratori, come richiesto dalla Sezione

di controllo delle Marche con le deliberazioni impugnate, non è nella disponibilità dei soci pubblici che necessitano, all'uopo, del consenso del socio privato.

A tale quadro statutario si aggiunge l'esistenza di un patto parasociale sottoscritto in data 28 luglio 2015, con efficacia quinquennale, stipulato tra il socio privato "...” e il comune di Pesaro, che insieme detengono oltre l'80% del capitale sociale, in base al quale per una serie di deliberazioni di rilievo societario è richiesto il voto favorevole di almeno un consigliere di ciascuno dei soci.

3.4. Dalla situazione di fatto sopra esposta e dalle considerazioni in diritto che ha preceduto tale esposizione, risulta evidente che, in base alla vigente disciplina normativa, non è configurabile alcun "controllo pubblico" sulla società "...”.

Ciò in quanto, per effetto dei poteri del "socio privato", anche il consenso unanime degli enti pubblici non è sufficiente per le "decisioni finanziarie e gestionali strategiche", configurandosi un "controllo congiunto" pubblico-privato; la circostanza che tutti i soci pubblici – pur volendo convergere verso una logica di riduzione dell'apparato amministrativo – non dispongano degli strumenti statutari per operare la riduzione del numero dei consiglieri senza il consenso del socio privato, costituisce la controprova dell'insussistenza di un "controllo pubblico" (in sé logicamente incompatibile con la contemporanea presenza di un controllo privato o "congiunto").

3.5 Si ritiene dunque acclarato che "...”

non ha le caratteristiche per essere annoverata tra le “società a controllo pubblico” e che alla stessa, conseguentemente, non si applicano tutte le disposizioni normative che richiedono, quale presupposto, detto status, trattandosi, semplicemente, allo stato degli atti, di società a partecipazione pubblica.

Discende, come logica conseguenza, l'accoglimento del ricorso e l'annullamento della deliberazione impugnata.

4. Le spese possono ritenersi compensate alla luce dell'assoluta novità delle questioni giuridiche sottoposte a questo Collegio.

P. Q. M.

La Corte dei conti, a Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla la deliberazione n. 54/2018/VSG emessa dalla Sezione regionale di controllo delle Marche.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del 5 giugno 2019.

Dispositivo letto in udienza

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Anna Luisa Carra Mario Pischedda

La presente decisione, il cui dispositivo è stato letto all'udienza del 5 giugno 2019, è stata depositata in Segreteria in data 29 luglio 2019

Il Direttore della Segreteria

Maria Laura Iorio