

Publicato il 29/01/2020

N. 00098/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01177/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1177 del 2019, proposto da Busitalia - Sita Nord S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro e Alice Volino, con domicilio digitale eletto presso l'indirizzo PEC giorgiofraccastoro@ordineavvocatiroma.org;

contro

Provincia di Treviso, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Rapicavoli e Sebastiano Tonon, con domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Sebastiano Tonon in Venezia, San Marco 5278 e con domicilio digitale *ex lege* come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Atap S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Anna Di Pasquale e Tiziana

Moretti, con domicilio digitale eletto presso l'indirizzo PEC *tiziana.moretti@pecavvocatigorizia.eu*;

Mobilità di Marca S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Elisabetta Gregori, con domicilio fisico eletto in Treviso, via Polveriera, n. 1 e con domicilio digitale *ex lege* come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento previa concessione di idonee misure cautelari

- del disciplinare di gara e della lettera di invito prot. n. 58936 del 23.9.2019 recante *“Procedura a doppio oggetto per l'individuazione di un nuovo socio di MOM S.p.A. con specifici compiti operativi a cui attribuire il 30% del capitale sociale, anche mediante sottoscrizione di aumento di capitale riservato, ed affidamento in concessione a MOM S.p.A. di servizi di TPL urbani ed extraurbani nel bacino della provincia di Treviso. CIG: 77466913A5 Lettera di invito”*;
- *in parte qua*, degli allegati *“Schema di contratto di servizio”* e *“Schema di patto parasociale”*, nonché degli ulteriori allegati *“Elenchi indici di qualità”*, *“Sistema tariffario”*, *“Programma di esercizio”*, *“PEF”*, *“Quadro informativo beni immobili”*, *“Quadro informativo materiale rotabile”*, *“Quadro informativo personale”*, *“Ulteriori allegati tecnici”*;
- dell'avviso pubblico per manifestazione di interesse *“ad essere invitati alla procedura di gara a doppio oggetto per l'individuazione di un nuovo socio operativo di MOM spa e l'affidamento in concessione a MOM S.p.A. di servizi di trasporto pubblico locale urbani ed extraurbani su gomma nel bacino della Provincia di Treviso”* del 24.12.2018;
- del bando di gara pubblicato in GU/S S247 del 22.12.2018 avente ad oggetto *“Procedura di gara a doppio oggetto per l'individuazione di un nuovo socio di MOM SpA e contestuale concessione di servizi di trasporto*

pubblico locale a MOM SpA”, nonché del connesso “*Avviso di preinformazione relativo a un contratto di servizio pubblico*” pubblicato in GU/S S163 del 26.8.2017;

- ove esistente, della delibera a contrarre, sconosciuta negli estremi e nel contenuto, con la quale la Provincia di Treviso, Ente di governo del bacino territoriale del trasporto pubblico locale di Treviso - Ufficio istituito presso la Provincia di Treviso ha avviato la summenzionata procedura di gara;

- della deliberazione del 23.3.2015 della Giunta provinciale recante “*indirizzi e determinazioni in merito ai servizi di trasporto pubblico locale*”;

- delle deliberazioni della Provincia di Treviso, Ente di governo del bacino territoriale del trasporto pubblico locale di Treviso - Ufficio istituito presso la Provincia di Treviso n. 6/2015 recante “*atto di indirizzo di gara a doppio oggetto per approvazione schema deliberazione aumento di capitale sociale di MOM S.p.A.*”, n. 10/2016 recante “*atto di indirizzo gara a doppio oggetto – approvazione linee guida*”, n. 11/2016 avente ad oggetto “*aggiornamento relazione art. 34 del d.l. n. 179/2012 ed esame e approvazione relazione gara a doppio oggetto*”, n. 13/2016 rubricata “*aggiornamento documentazione gara a doppio oggetto*”, n. 21/2018 recante “*aggiornamento contenuti gara a doppio oggetto*”;

- della deliberazione n. 2/2014 della Provincia di Treviso, Ente di governo del bacino territoriale del trasporto pubblico locale di Treviso - Ufficio istituito presso la Provincia di Treviso e della allegata relazione di cui all’art. 34, comma 20 del d.l. n. 179/2012, nonché della deliberazione n. 588/2013 avente ad oggetto “*Servizio di trasporto pubblico locale. Relazione ai sensi dell’art. 34 comma 20 del D.L. 179/2012 convertito in Legge 221/2012*”;

- ove esistenti, di tutte le delibere, sconosciute negli estremi e nell'esatto contenuti, atte a predeterminare gli elementi essenziali della procedura della gara a doppio oggetto e a motivarne l'ammissibilità, compreso l'atto deliberativo, anch'esso sconosciuto negli estremi e nel contenuto, di costituzione della società o di acquisizione delle partecipazioni;
- di ogni altro atto precedente, successivo, consequenziale e comunque connesso a quelli impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Treviso, di Atap S.p.a. e di Mobilità di Marca S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 gennaio 2020 il dott. Giovanni Giuseppe Antonio Dato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ricorrente espone che in data 24 dicembre 2018 la Provincia di Treviso, Ente di governo del bacino territoriale del trasporto pubblico locale di Treviso - Ufficio istituito presso la Provincia di Treviso, ha pubblicato un avviso per manifestazione di interesse *“ad essere invitati alla procedura di gara a doppio oggetto per l'individuazione di un nuovo socio operativo di MOM S.p.A. e l'affidamento in concessione a MOM S.p.A. di servizi di trasporto pubblico locale urbani ed extraurbani su gomma nel bacino della Provincia di Treviso”*.

L'esponente rappresenta di aver partecipato, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI con Autoguidovie S.p.a. e Busitalia Veneto S.p.a., alla manifestazione di interesse in questione e di essere stata invitata alla successiva fase della procedura con lettera di invito del 23 settembre 2019.

Evidenzia la società ricorrente che l'art. 3 del disciplinare di gara prevede che l'aggiudicatario avrebbe dovuto acquisire una quota del 30% del capitale sociale della società Mobilità di Marca S.p.a. (società per azioni a partecipazione mista, costituita da 39 soci) *“mediante sottoscrizione e versamento dell'aumento di capitale sociale di euro 5.003.911 riservato al medesimo e acquisto delle quote liberate dalla società ATAP S.p.A. per euro 3.478.100 (complessivamente pari al 30% del nuovo capitale sociale), con sovrapprezzo di euro 0,35483 per azione per complessivi euro 3.009.672,00, ed affidamento a MOM S.p.A. di servizi di TPL urbani ed extraurbani nel bacino della Provincia di Treviso”*.

L'esponente precisa che il valore dei titoli azionari di Mobilità di Marca S.p.a., da sottoscrivere da parte dell'operatore selezionato e posto a base d'asta, è pari a Euro 8.482.011,00, con un sovrapprezzo di Euro 3.009.672,00 per un totale di Euro 11.491.683,00 e che la documentazione di gara fornita ai concorrenti per la predisposizione dell'offerta comprende: lettera invito; disciplinare di gara; schema contratto di servizio; schema dei patti para sociali; programma di esercizio; PEF; quadro informativo beni immobili; quadro informativo materiale rotabile; quadro informativo personale – accordo di secondo livello; ulteriori allegati tecnici; elenchi indici di qualità; sistema tariffario; *“Protocollo di legalità ai fini della prevenzione dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nel settore dei contratti*

pubblici di lavori, servizi e forniture” sottoscritto da tutte le Province e i Comuni del Veneto in data 7 settembre 2015.

La società ricorrente espone di aver riscontrato una serie di criticità e di aver formulato in data 11 ottobre 2019 istanza in autotutela; evidenzia, tuttavia, che la stazione appaltante (al momento della proposizione del gravame) non aveva ancora fornito alcun riscontro.

Lamentando l'illegittimità della *lex specialis* di gara, così come strutturata, in quanto recante clausole immediatamente escludenti ovvero che non consentono di presentare un'offerta seria e ponderata, in ragione dell'indeterminatezza riconducibile alle contraddittorie e carenti prescrizioni del disciplinare di gara e dei suoi allegati, la società ricorrente ha proposto le domande in epigrafe, con ricorso notificato in data 23 ottobre 2019 e depositato in data 5 novembre 2019.

1.1. Si sono costituite in giudizio la Provincia di Treviso, Atap S.p.a. e Mobilità di Marca S.p.a., contrastando le domande proposte dalla società ricorrente.

1.2. Con atto depositato in data 19 novembre 2019 la società ricorrente ha dichiarato di rinunciare all'istanza cautelare proposta.

Alla camera di consiglio del 20 novembre 2019, il Presidente, preso atto della rinuncia alla domanda cautelare e tenuto anche conto dell'accordo delle parti, ha disposto la fissazione del merito all'udienza pubblica del giorno 8 gennaio 2020.

1.3. In vista dell'udienza pubblica per la trattazione di merito del ricorso tutte le parti hanno depositato memoria e, fatta eccezione per la società ricorrente, replica.

1.4. All'udienza pubblica del giorno 8 gennaio 2020, presenti i difensori delle parti, come da verbale, i quali si sono riportati alle

conclusioni già prese chiedendone l'accoglimento, il Collegio si è riservato di provvedere e ha trattenuto il ricorso in decisione.

DIRITTO

1. La Provincia di Treviso, Mobilità di Marca S.p.a. e Atap S.p.a. hanno eccepito, sia pure con differenti sfumature argomentative, l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione della società ricorrente; Mobilità di Marca S.p.a. e Atap S.p.a. hanno altresì eccepito, sia pure con differenti sfumature argomentative, l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse in capo all'esponente.

Il Collegio, per ragioni di economia processuale, prescinde dall'analisi delle eccezioni in questione e più in generale dall'esame delle eccezioni frapposte dalle predette parti anche in ordine ai singoli motivi di gravame nonché alle argomentazioni sviluppate dalla società ricorrente, attesa l'infondatezza del ricorso.

2. Con il primo motivo di gravame l'esponente deduce i vizi di *Violazione e falsa applicazione dell'art. 17, comma 2 del d.lgs. n. 175/2016. Violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità, ragionevolezza e proporzionalità, nonché dei principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di massima concorrenza. Eccesso di potere per illogicità manifesta, per carente ed erronea istruttoria nella determinazione degli elementi essenziali di gara e per impossibilità di formulare offerta per omessa indicazione di dati essenziali.*

Per la società ricorrente la procedura di gara è viziata poiché la stazione appaltante ha omesso di allegare al disciplinare di gara lo schema di statuto della società mista ed ha erroneamente previsto un utilizzo distorto e incompleto dell'accordo parasociale; detta carenza documentale assume ancora maggiore rilevanza se si considera che lo

stesso disciplinare di gara ha evidenziato espressamente all'art. 3 la rilevanza strategica dei suddetti documenti per poi omettere di allegarli e/o utilizzarli correttamente nell'ambito della procedura di gara in esame.

Aggiunge la società ricorrente che l'art. 17, comma 2, del d.lgs. n. 175 del 2016 prevede espressamente che all'avviso pubblico è allegata, fra gli altri, la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali; l'allegazione dello schema di statuto in tale tipologia di procedura di gara è inderogabile in quanto quest'ultimo, preventivamente approvato dai soci di Mobilità di Marca S.p.a., quale nuovo statuto della società a valle della gara di selezione del *partner*, recepisce tutte le modifiche societarie portate dalla gara stessa (regole di nomina degli organi di amministrazione e controllo, speciale natura delle azioni di nuova emissione, termine della partecipazione privata nella società mista, ecc.).

A sostegno della propria tesi la società ricorrente ha richiamato la Comunicazione interpretativa della Commissione europea sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) - 2008/C 91/02 nonché la giurisprudenza, in particolare sulla necessità che tale tipologia di procedure debba avere oggetto e contenuti individuabili *ex ante*.

Secondo l'esponente la mancata allegazione al disciplinare di gara dello schema di statuto determina di per sé quella genericità che non consente di poter conoscere le condizioni statutarie della società, anche in termini di assenza di garanzia rispetto ai parametri della gara a doppio oggetto così come definiti dal citato d.lgs. n. 175 del 2016: la funzione dello statuto è altresì quella di consentire sin dal principio

la verifica dell'assetto proprietario e i meccanismi di controllo della società.

La società ricorrente ha richiamato, inoltre, il regolamento (CE) n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, art. 5, comma 2 (“*Aggiudicazione dei contratti di servizio*”), ed evidenziato che stante la mancanza di schema di statuto non è nemmeno possibile verificare l'assetto proprietario, l'influenza pubblica, né tantomeno quale sia l'oggetto sociale della società mista (AGCM, AS1529 - Comune di Roma - gara per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio scolastico integrato).

La mancata previsione del suddetto documento, lamenta l'esponente, condiziona la presentazione dell'offerta, impedendo agli operatori del settore di “esprimere” una proposta adeguata e consapevole.

Secondo la società ricorrente, inoltre, tale carenza non può dirsi colmata dallo schema di accordo parasociale allegato alla documentazione di gara che, lungi dal soddisfare le caratteristiche richieste dalla natura dell'atto, prevede che lo stesso sarà sottoscritto esclusivamente tra il futuro aggiudicatario e la società mista, anziché, come avrebbe dovuto essere, tra tutti i soci di Mobilità di Marca S.p.a. (i quali avrebbero già dovuto deliberare e formalizzare la relativa adesione) ed il *partener* privato: per la giurisprudenza, infatti, il patto c.d. parasociale vincola, per definizione, esclusivamente i soci contraenti, e non anche la società che è, rispetto al patto stesso, terza.

Per l'esponente, assodata la necessità di una preventiva approvazione e sottoscrizione del patto parasociale da parte di tutti i soci di Mobilità di Marca S.p.a. (viene all'uopo richiamata la deliberazione ANAC n. 20, Adunanza del 12 novembre 2014, Fascicolo n.

70/2013), l'inidoneità dell'accordo parasociale fornito dalla stazione appaltante si riverbera sotto molteplici aspetti che, unitamente alla totale carenza dello schema di statuto, non consentono di avere contezza in tale fase degli elementi *“che regolano, da un lato, il rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e il partner privato e, dall'altro, il rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità a capitale misto da costituire”* (come recita la Comunicazione interpretativa della Commissione PPPI - 2008/C 91/02 cit.).

Dalla disamina della descritta documentazione emerge, lamenta la società ricorrente, la mancata perimetrazione dell'oggetto statutario della società mista costituenda (in difformità, quindi, con l'art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 175 del 2016).

Parimenti, osserva l'esponente, non è dato conoscere con sufficiente precisione i rapporti negoziali tra socio privato e socio pubblico, anche con riferimento alle puntuali modalità di esecuzione dell'obbligo di dismissione della partecipazione/riscatto delle quote di pertinenza del socio operativo una volta concluso l'affidamento (nel rispetto dell'art. 17, comma 3, del d.lgs. n. 175 n. 2016); né lo schema di statuto può ritenersi assorbito dal patto parasociale - come invece sembra erroneamente interpretare la stazione appaltante laddove all'art. 24 del disciplinare prevede che *“Al momento della retrocessione della partecipazione troveranno applicazione le disposizioni previste nella bozza di statuto/patti parasociali”* - trattandosi di due documenti necessari ed affatto alternativi.

Le parti resistente e controinteressate hanno contrastato le argomentazioni della società ricorrente.

2.1. Il motivo è infondato.

Ritiene il Collegio che l'art. 17, comma 2, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*), nella parte in cui prevede che all'avviso pubblico è allegata (fra gli altri) la “*bozza dello statuto*” si riferisca alle società a partecipazione mista pubblico-privata *da costituire*.

Le società a partecipazione mista pubblico-privata *già costituite* (quale Mobilità di Marca S.p.a.), nelle quali debba fare ingresso un nuovo socio privato (nella fattispecie in esame attraverso una procedura a doppio oggetto per l'individuazione di un nuovo *partner* privato con specifici compiti operativi, mediante sottoscrizione e versamento dell'aumento di capitale sociale riservato al medesimo e acquisto delle quote liberate dal socio uscente, ed affidamento alla compagine societaria dei servizi di TPL urbani ed extraurbani), hanno già uno statuto (e non una “bozza di statuto”).

Del resto, proprio la Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) - 2008/C 91/02), evocata dalla società ricorrente, prevede che, in relazione alla “*costituzione*” di un PPPI, l'obbligo di trasparenza impone all'amministrazione aggiudicatrice di includere nel bando di gara o nel capitolato d'onere informazioni di base sull'appalto pubblico o sulla concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto “*che dovrà essere costituita*”, sullo statuto di tale entità, sul patto tra gli azionisti e su tutti gli altri elementi che regolano, da un lato, il rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e il partner privato e, dall'altro, il rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e “*l'entità a capitale misto da costituire*”.

Peraltro, osservano la Provincia di Treviso, Mobilità di Marca S.p.a. e Atap S.p.a. nelle rispettive memorie, detto statuto è pienamente conoscibile (essendo liberamente accessibile presso il registro delle imprese e pubblicato sul sito istituzionale della società).

Inconferente si rivela il richiamo all'art. 5.2 del regolamento CE n. 1370/2007, concernente la diversa fattispecie dell'affidamento in regime di *in house providing* (arg. ex T.A.R. Liguria, sez. II, 7 ottobre 2019, n. 753).

Parimenti inconferente si rivela il richiamo al parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, AS1529, proprio in quanto riguardante una fattispecie relativa alla *costituzione* di una società mista cui affidare, con gara a doppio oggetto, taluni servizi qualificati di interesse generale.

Quanto al(lo schema di) patto parasociale fra Mobilità di Marca S.p.a. ed il socio privato selezionato a seguito di c.d. gara a doppio oggetto, esso risulta preordinato a definire la durata della partecipazione del socio operativo alla società (cfr. art. 4), le modalità di uscita nonché i criteri di liquidazione dei titoli azionari detenuti dal socio operativo (cfr. art. 5), nonché le modalità di espressione della volontà dello stesso all'interno dell'assemblea e di nomina del consiglio di amministrazione della società e del collegio sindacale (in relazione a tale ultimo profilo cfr. art. 6).

La circostanza che il patto *de quo* debba essere sottoscritto non fra soci ma fra il socio privato selezionato a seguito di c.d. gara a doppio oggetto e la stessa compagine societaria appare priva di rilievo: ed invero, se di regola i patti parasociali attengono al piano dei rapporti interindividuali tra titolari di partecipazioni societarie (cfr. Cass. civ., sez. I, 1 giugno 2017, n. 13877), la doglianza relativa alla circostanza

che il patto parasociale non vincola la società (che è terza rispetto al patto) è superata, nel caso in esame, dal fatto che il detto patto, da stipulare fra il socio privato selezionato a seguito di gara a doppio oggetto e la stessa compagine societaria, *naturaliter*, vincolerà quest'ultima.

Ne discende che l'oggetto statutario della società mista in questione è definito dal suo statuto e le modalità di uscita del socio privato nonché il criterio di liquidazione (in particolare, la regola secondo cui “[...] *il valore di liquidazione delle azioni del socio operativo, determinato in rapporto alla partecipazione al capitale sociale, sarà pari alla somma algebrica del valore nominale delle azioni liquidate e del sovrapprezzo versato in ragione dell'offerta presentata nella procedura di gara [...]*”) sono stabiliti dall'art. 5 del patto parasociale; alla luce di quanto sopra appare irrilevante il richiamo racchiuso alla “bozza di statuto” nell'art. 24 (pag. 43) del disciplinare di gara.

Infine, si rivelano prive di base le ulteriori argomentazioni racchiuse nella memoria depositata dalla società ricorrente (cfr. pagg. 6 e ss.): in particolare, appare inconferente l'affermazione secondo la quale dal più volte citato art. 17, comma 2, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 è ricavabile la necessaria compresenza, fra i documenti di gara, “dello schema di statuto” e dei “patti parasociali”.

Ed infatti, nel caso in esame nessun “schema di statuto” poteva essere allegato (avendo, come sopra detto, la società mista - già costituita - uno statuto); in secondo luogo, fermo che l'art. 17, comma 2, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 prevede l'allegazione degli “*eventuali*” accordi parasociali, lo schema di patto parasociale fra la stessa società mista ed il socio privato operativo prescelto risulta allegato alla documentazione di gara.

Peraltro, erra la società ricorrente nell'affermare che fra la documentazione offerta era presente il "*patto parasociale tra i soci MOM*" (cfr. pag. 8), atteso che – lo si ribadisce – lo schema di patto parasociale contempla quali contraenti la stessa società a partecipazione mista ed il socio privato operativo prescelto a seguito della procedura competitiva.

Né risulta comprensibile la ragione per la quale la Provincia avrebbe dovuto allegare anche lo schema di statuto societario risultante dall'ingresso del nuovo socio operativo limitandosi, se del caso, a trasfondere nel predetto documento le indicazioni già riportate nel "*patto parasociale approvato tra i soci MOM*" (pag. 8 della memoria): ed infatti, in disparte l'ennesimo erroneo riferimento al patto parasociale approvato "*tra i soci MOM*" (cfr. anche pag. 10, ove si fa riferimento al "*patto parasociale siglato tra i soci MOM*"), lo statuto societario non muta per effetto dell'ingresso del nuovo socio operativo, né in esso deve essere trasfuso il patto parasociale, avendo detti documenti (statuto e patto) funzioni differenti e, soprattutto, diversa efficacia giuridica.

Ulteriormente erronea è l'affermazione circa la "*trasformazione della società mista*" (pag. 9 della memoria), posto che all'esito dell'aggiudicazione della gara a doppio oggetto e con l'ingresso del nuovo socio operativo non si verifica alcuna *trasformazione* dell'ente societario.

Quanto alla tesi in base alla quale non è possibile escludere l'eventualità di un futuro inadempimento agli obblighi precedentemente assunti con l'accordo atipico (cfr. pag. 9) si tratta di argomento che non tiene in debita considerazione il fatto che lo stesso accordo è stipulato non fra i soci, come ripetutamente

argomenta la società ricorrente, ma fra la compagine societaria ed il socio operativo.

Peraltro, l'art. 3 dello schema di patto parasociale prevede che: ciascuna parte si impegna ad interpretare e dare esecuzione alle previsioni dello statuto della società in conformità alle finalità del patto; le parti si danno atto e convengono che in caso di discordanza o contrasto tra le previsioni contenute nello statuto della società e le previsioni del patto, queste ultime prevarranno.

3. Con il secondo motivo di ricorso l'esponente deduce i vizi di *Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 2 del d.lgs. n. 175/2016 in ordine alla mancata rinuncia all'esercizio del diritto di prelazione e/o opzione da parte dei soci in ipotesi di alienazione di partecipazioni societarie per il tramite di procedura ad evidenza pubblica, nonché degli artt. 18, comma 2 del d.lgs. n. 422/1997, 7, comma 5 e 17, comma 1 del d.lgs. 175/2016 e art. 5, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del principio di trasparenza, di libera concorrenza, di parità di trattamento e non discriminazione tra gli operatori economici. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione. Nullità delle clausole di prelazione e di opzione.*

Per la società ricorrente, un ulteriore profilo di criticità è rinvenibile nella mancata previsione, nell'ambito della documentazione di gara, della clausola di rinuncia all'esercizio del diritto di prelazione da parte dei soci di Mobilità di Marca S.p.a., nonché del corrispondente diritto di opzione per la quota di capitale di nuova emissione (così come previsto dall'art. 3 del disciplinare di gara).

Tale omissione, secondo l'esponente, rappresenta un *vulnus* insuperabile della procedura, ponendosi in evidente violazione del disposto di cui all'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 175 del 2016.

Inoltre, per la società ricorrente, il mantenimento dei patti di prelazione ed opzione in capo ai soci, snaturando l'essenza stessa e la funzione della procedura ad evidenza pubblica, determina un'inevitabile lesione dei principi comunitari di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, immanenti a qualunque procedura pubblica; le suddette clausole, essendo volte a riconoscere posizioni preferenziali ai soci rispetto a soggetti terzi ed estranei all'assetto societario, oltre a porsi in contrasto con il dettato normativo, devono ritenersi radicalmente nulle per violazione della regola di evidenza pubblica e dei basilari principi di ordine pubblico economico.

La società ricorrente, dopo aver richiamato l'obbligo di osservare l'evidenza pubblica nelle società miste non solo nelle ipotesi di formazione *ex novo* di società miste ma anche nelle ipotesi "dinamiche" di alienazione di quote di partecipazione delle stesse e dopo aver tratteggiato la struttura e gli scopi del patto di prelazione, ha evidenziato che l'esercizio del diritto di prelazione nell'ambito delle società miste è oggetto della previsione di cui al citato art. 10, comma 2, del d.lgs. 175/2016, in base al quale, in via generale, all'alienazione delle partecipazioni sociali deve procedersi facendo ricorso a procedure di evidenza pubblica salvo che, in presenza di situazioni eccezionali debitamente motivate, risulti economicamente conveniente operare mediante negoziazione diretta con il singolo acquirente.

L'inciso finale della norma (*"È fatto salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto"*), secondo la ricorrente, deve essere letto nel senso che il diritto di prelazione possa essere "*fatto salvo*" limitatamente alle sole ipotesi di alienazione di

partecipazioni societarie disposte con lo strumento eccezionale e derogatorio della negoziazione diretta, una diversa interpretazione conducendo a risultati inaccettabili sotto il profilo del rispetto dei principi generali sottesi all'indizione di una procedura ad evidenza pubblica.

Ed invero, qualora si ammettesse il mantenimento in capo ai soci di un diritto di prelazione statutaria anche in ipotesi di alienazione di partecipazioni sociali per tramite di procedura ad evidenza pubblica, si assisterebbe, in realtà, ad una vera e propria pretermissione della fase pubblicistica, in ragione di una predeterminata – ed anticipata – selezione del socio privato grazie alla pattuizione privatistica contenuta nello statuto sociale, rendendo di fatto inutile l'esperimento di qualsivoglia gara pubblica.

Tale impostazione, del resto, è stata fatta propria dalla stessa giurisprudenza amministrativa che, muovendo da tali presupposti, ha dichiarato illegittima la clausola del bando di gara per l'affidamento di un servizio pubblico che preveda il diritto di prelazione in favore di impresa non partecipante alla gara e che ha dichiarato la nullità delle clausole statutarie attributive di un diritto di prelazione a favore di soggetti privati – “*soci di società miste*” – nell'ipotesi di cessione di partecipazione di società partecipate per tramite di procedura ad evidenza pubblica.

In altri termini, la previsione dell'obbligo della procedura di evidenza pubblica in caso di alienazione di partecipazioni sociali *ex art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 175 del 2016*, comporta la contestuale nullità di eventuali clausole che prevedano diritti di prelazione in favore dei soci della società mista, l'apposizione di simili pattuizioni ponendosi inevitabilmente in contrasto con i principi di matrice eurounitaria.

Le medesime considerazioni, diversamente, non sembrano valere con riferimento all'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016, sia possibile derogare alla regola generale del ricorso all'evidenza pubblica. Difatti, il mantenimento del diritto di prelazione in favore dei soci limitatamente al caso eccezionale di negoziazione diretta con il singolo acquirente, trova giustificazione nell'impossibilità di rinvenire, in tali evenienze, un *vulnus* ai principi comunitari pocanzi richiamati, attesa l'inconfigurabilità *in nuce* di una lesione del principio di concorrenza e parità di trattamento tra diversi operatori di mercato.

Pertanto, nel caso di specie, deve necessariamente concludersi nel senso dell'illegittimità della procedura di gara indetta dalla Provincia nella misura in cui non ha previsto, nell'ambito della documentazione di gara, la rinuncia al diritto di prelazione in favore dei soci privati di Mobilità di Marca S.p.a., ponendosi il mantenimento di siffatti patti di prelazione pur in presenza di una procedura di gara volta all'acquisizione del 30% delle partecipazioni sociali, in stridente contrasto con il disposto di cui all'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 175 del 2016.

Ulteriore e connesso profilo di illegittimità riguarda – secondo la società ricorrente - la mancata previsione della rinuncia al diritto di opzione da parte dei soci avuto riferimento alla quota di capitale di nuova emissione.

Secondo l'esponente, qualora fosse possibile – come sembra accadere nella presente fattispecie – consentire ai soci di esercitare il proprio diritto di opzione sulle azioni di nuova emissione, si snaturerebbe il principio dell'evidenza pubblica che regola gli affidamenti nelle società miste.

Tale regola generale è già presente nell'ordinamento giuridico e prevede che il socio operativo debba essere scelto con procedura ad evidenza pubblica con la conseguenza che la sua violazione determinerebbe il crearsi di posizioni monopolistiche e la sottrazione di operatori economici al mercato dei servizi pubblici locali.

Più in particolare, con specifico riferimento al settore del trasporto pubblico locale, il principio della gara pubblica viene ulteriormente frustrato se solo si considera il disposto dell'art. 18, comma 2, del d.lgs. n. 422 del 1997, laddove l'evidenza pubblica ha il dichiarato scopo di *“incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale”*.

Le suddette clausole di prelazione ed opzione, quindi, lungi dall'essere solamente illegittime, devono considerarsi radicalmente nulle per violazione della regola dell'evidenza pubblica nonché dei principi di ordine pubblico economico.

Le parti resistente e controinteressate hanno contrastato le argomentazioni della società ricorrente.

3.1. Il motivo è infondato.

Lo statuto sociale di Mobilità di Marca S.p.a. (Allegato "A" Rep. n. 6386 Racc. n. 4111) disciplina il diritto di prelazione in favore dei soci all'art. 9.6 - 9.8.

In particolare, l'art. 9.8. prevede che *“Per l'esercizio del diritto di prelazione valgono le seguenti disposizioni e modalità: I Soci che intendano trasferire in tutto o in parte le proprie azioni dovranno darne preventiva comunicazione al Consiglio di Amministrazione mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, indicando le generalità del cessionario, il prezzo di cessione, le modalità di pagamento, nonché ogni altro termine o condizione di*

compravendita. Il Presidente del Consiglio di Amministrazione o chi lo sostituisce, dovrà entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione, sottoporre a tutti gli altri Soci la prospettata vendita per consentire ad ognuno l'esercizio del diritto di prelazione, a parità di prezzo e di ogni altra condizione, in proporzione alle azioni possedute, entro un termine di ulteriori sessanta giorni. In caso di rinuncia all'esercizio della prelazione, anche per inerzia dell'interessato, il relativo diritto di prelazione potrà essere esercitato dagli altri Soci sempre in proporzione alle azioni possedute, nel termine di ulteriori sessanta giorni. Qualora nella comunicazione sia indicato come acquirente un soggetto già Socio, anche ad esso è riconosciuto il diritto di esercitare la prelazione in concorso con gli altri Soci. Il diritto di prelazione dovrà essere esercitato per la totalità delle azioni offerte, poichè tale è l'oggetto della proposta formulata dal Socio offerente. Entro il termine massimo di centocinquanta giorni dalla richiesta inviata al Consiglio di Amministrazione, il Socio richiedente dovrà ricevere, con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, dal Presidente del Consiglio di Amministrazione o da chi lo sostituisce, la comunicazione di prelazione esercitata con allegati gli impegni dei singoli Soci a dar corso immediatamente all'acquisto; tali impegni nel loro insieme dovranno riferirsi all'intero pacchetto azionario che si intende trasferire. Trascorso tale termine di centocinquanta giorni senza avere ricevuto comunicazione alcuna o non riferendosi le prelezioni all'intero pacchetto da vendere, il Socio richiedente avrà senz'altro la facoltà di dar corso al trasferimento alle condizioni già indicate nella sua prima comunicazione. Il diritto di prelazione spetta ai Soci anche quando si intenda trasferire la nuda proprietà delle azioni. Il diritto di prelazione non spetta per il caso di costituzione di pegno od usufrutto. Nell'ipotesi di trasferimento di azioni per atto tra vivi eseguito senza l'osservanza di quanto sopra prescritto, l'acquirente non avrà diritto di essere iscritto nel Libro Soci, non sarà legittimato all'esercizio del voto e

degli altri diritti amministrativi e patrimoniali e non potrà alienare le azioni con effetto verso la Società”.

Nell’ultimo periodo dell’art. 9.8, tuttavia, si prevede espressamente che *“La cessione delle azioni e dei diritti di opzione sarà possibile senza l’osservanza delle suddette formalità [...] nel caso di procedure aventi ad oggetto la selezione del socio privato per le quali si rinvia alla normativa vigente in materia di servizi pubblici”.*

Va inoltre evidenziato, come risulta espressamente dal verbale della deliberazione di assemblea rep. n. 7726 racc. 4918 del 28 novembre 2018 (pag. 3), che l’ingresso del nuovo socio dovrà avvenire nell’ambito della procedura a doppio oggetto con l’obbligo per il socio privato, scelto all’esito della procedura, di acquistare le azioni messe in vendita da Atap S.p.a. e di sottoscrivere l’aumento di capitale all’uopo stabilito, in misura tale da risultare complessivamente titolare del 30% del capitale, come risultante a seguito dell’aumento: la deliberazione, per implicito, si pone come fattore ostativo all’esercizio del c.d. diritto di prelazione statutaria da parte dei soci di Mobilità di Marca S.p.a..

Detta deliberazione risulta essere stata approvata con il voto favorevole manifestato da tutti i soci presenti portatori complessivamente del 93,36% del capitale sociale; orbene, alla luce della previsione dell’art. 2377, comma 1, cod. civ. le deliberazioni dell’assemblea, prese in conformità della legge e dell’atto sostitutivo, *vincolano tutti i soci*, ancorché non intervenuti o dissenzienti.

Quanto al *diritto di opzione*, giova evidenziare che ai sensi dell’art. 2441, comma 5, cod. civ. *quando l’interesse della società lo esige, il diritto di opzione può essere escluso o limitato con la deliberazione di aumento di capitale.*

Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che affinché, ai sensi dell'art. 2441 cod. civ. sia consentito sacrificare il diritto di opzione attribuito al socio, non è necessario che tale sacrificio costituisca l'unico inderogabile mezzo per realizzare l'interesse della società, ma è sufficiente che, in presenza di un interesse di particolare natura ed intensità, nella scelta del modo di realizzare l'aumento di capitale la predetta soluzione appaia preferibile e ragionevolmente più conveniente (cfr. Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2019, n. 3779).

Orbene, nel citato verbale di assemblea straordinaria di Mobilità di Marca S.p.a. repertorio n. 7726 raccolta n. 4918 datato 28 novembre 2018, si legge: *<<Ritenuto che l'interesse della società lo esiga, di escludere il diritto di opzione dei soci, onde consentire la sottoscrizione del deliberato aumento da parte di un nuovo Socio Operativo che sarà individuato a seguito di una gara ad evidenza pubblica a doppio oggetto, secondo la normativa vigente in materia>>*.

4. Con il terzo motivo la società ricorrente deduce i vizi di *Violazione e falsa applicazione dell'art. 180 del d.lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 17 del d.lgs. n. 422/1997. Eccesso di potere per illogicità manifesta e contraddittorietà*.

Per l'esponente, la legge di gara risulta lesiva degli interessi del ricorrente poiché dall'esame dei documenti di gara non si comprendono le modalità di remunerazione del capitale investito nell'operazione da parte del socio privato.

Dopo aver richiamato il parere motivato AS1529 del 6 luglio 2018 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e gli artt. 3, comma 1, lett. eee) e lett. fff), e 180, commi 2, 3 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, in uno a relativo corredo interpretativo, la società ricorrente ha lamentato il fatto che la documentazione della gara in questione non contiene specifici riferimenti in ordine al

riconoscimento della remunerazione del capitale investito nell'operazione.

In primo luogo, osserva l'esponente, la documentazione di gara si limita a prevedere che una parte del sovrapprezzo offerto dall'aggiudicatario spetterà direttamente ad Atap S.p.a., mentre nessuna indicazione viene fornita con riferimento alla restante parte di sovrapprezzo che avrebbe, invece, dovuto costituire il corrispettivo del capitale investito dal *partner* privato per l'acquisto delle quote del socio Atap S.p.a..

Inoltre, argomenta la società ricorrente, lo schema di gara adottato rivela la propria irragionevolezza laddove si tratta, al termine dell'affidamento, della liquidazione dell'affidatario nelle ipotesi diverse dall'ingresso di un nuovo socio, prevedendosi che quanto versato in favore del socio Atap S.p.a. esca definitivamente dal patrimonio della società Mobilità di Marca S.p.a..

Secondo l'esponente ciò è contrario a qualsiasi ragionevolezza e a qualsiasi parametro di legittima competizione, nonché a quanto previsto dall'Allegato B alla delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 49 del 17 giugno 2015 in cui l'esigenza del gestore di veder remunerati gli investimenti effettuati assume un ruolo centrale (la stessa delibera, aggiunge la società ricorrente, si preoccupa di fornire sufficienti certezze al gestore che risulti aggiudicatario della gara di vedere remunerato l'investimento che si impegna ad effettuare).

Ed ancora, stando al PEF inserito tra i documenti di gara, per un verso, non sarebbe prevista alcuna distribuzione di utili e/o riserve nel periodo dell'affidamento; per altro verso, in sede di liquidazione/uscita del socio operativo al termine del relativo

affidamento, al socio verrebbe riconosciuto un importo corrispondente al suo iniziale versamento (compreso il sovrapprezzo), senza alcun decremento o incremento relativo, rispettivamente, a perdite o incrementi di patrimonio della società.

Ciò è peraltro confermato – osserva l’esponente - dall’art. 5, comma 2, dello schema di patti parasociali; a questo riguardo, l’Allegato A alla citata delibera dell’Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 49 del 17 giugno 2015, con riferimento alla Misura 15, prevede che *“Gli enti affidanti disciplinano la predisposizione da parte dei partecipanti alla gara di un piano economico-finanziario contenente la proiezione dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti per il periodo di durata dell’affidamento. Nell’ambito dei ricavi è compreso il corrispettivo pubblico corrispondente all’offerta presentata per gli anni di durata dell’affidamento”*.

Lo stesso Allegato A, con riferimento alla predisposizione del PEF simulato, in linea con quanto stabilito dal regolamento (CE) n. 1370/2007, contempla la *“Addizione di un ragionevole margine di utile, da intendersi come un tasso di remunerazione del capitale abituale per il settore, che tiene conto “dell’esistenza o della mancanza di rischio assunto dall’operatore di servizio pubblico a seguito dell’intervento dell’autorità pubblica” [Allegato al regolamento (CE) n. 1370/2007]. A tale proposito l’ente affidante formula precise e circostanziate ipotesi di suddivisione dei rischi con il gestore per tutta la durata dell’affidamento. Quanto più numerose sono le tipologie di rischio che gravano sull’ente affidante e maggiore la loro entità, tanto minore deve essere la remunerazione del capitale proprio riconosciuta al gestore”*.

Allo stesso modo, argomenta la società ricorrente, l’art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 422 del 1997 prescrive che gli enti affidanti prevedano *“nei contratti di servizio di cui all’articolo 19, le corrispondenti compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, determinate secondo il criterio dei*

costi standard che dovrà essere osservato dagli enti affidanti nella quantificazione dei corrispettivi da porre a base d'asta previsti nel bando di gara o nella lettera di invito delle procedure concorsuali di cui al successivo articolo 18, comma 2, lettera a), tenendo conto, ai sensi della citata disposizione comunitaria, dei proventi derivanti dalle tariffe e di quelli derivanti anche dalla eventuale gestione di servizi complementari alla mobilità'.

Per l'esponente il vizio che precede assume ancora maggiore consistenza se si considera che sempre il PEF a base di gara prevede da parte di Mobilità di Marca S.p.a., a valle della procedura di selezione del *partner*, ingenti investimenti immobiliari che assorbirebbero senza alcun ritorno le risorse investite dal *partner* stesso.

Anche sotto tale profilo, pertanto, emerge l'illogicità ed irragionevolezza della gara *de qua*, che da un lato prevede sicuri costi che il gestore è chiamato a sopportare e, dall'altro, non prevede le modalità di remunerazione del capitale investito, con la conseguenza che l'operatore che dovesse proporre offerta per l'affidamento in questione di fatto non sarebbe in grado di valutare gli elementi minimi essenziali per poterla formulare.

Inoltre, la documentazione di gara, se da un lato prevede la designazione da parte dell'affidatario del "Gestore dei trasporti", non chiarisce né i parametri di remunerazione di tale figura dell'organizzazione della società, né esplicita che (come è indubbiamente dovuto) detta remunerazione sia integralmente a carico della società (con la quale sola sarà il rapporto di lavoro della persona che ricoprirà detto ruolo), limitandosi unicamente a prevedere le modalità di nomina e i relativi compiti (cfr. art. 7, commi 2 e 3, dello schema di patti parasociali).

Le parti resistente e controinteressate hanno contrastato le argomentazioni della società ricorrente.

4.1. Il motivo è infondato.

Merita di essere innanzitutto premesso che – come chiarito da condiviso orientamento interpretativo – il “*trasferimento del rischio*” in capo all'operatore economico privato assume un rilievo fondamentale ai fini della qualificazione di un accordo fra un soggetto privato ed un soggetto pubblico quale *partenariato pubblico privato/concessione* oppure quale *appalto di servizi* (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 9 febbraio 2018, n. 386).

Fermo quanto appena detto, il disciplinare di gara (pag. 6) prevede quanto segue: “*Il quantitativo di servizi da affidarsi a MOM SpA è pari al quantitativo di servizi minimi individuati annualmente dalla Regione Veneto. Al momento i servizi relativi all'anno 2018 (D.G.R. 756 del 28/05/2018), sono così quantificati:*

- *servizi extraurbani: 13.204.898,54 veicoli/ km*
- *servizi urbani comune Treviso: 2.982.741,63 veicoli/ km*
- *servizi urbani comune Conegliano: 305.816,11 veicoli/ km*
- *servizi urbani comune Montebelluna: 86.200,29 veicoli/ km*
- *servizi urbani comune Vittorio Veneto: 395.048,58 veicoli/ km.*

Il quantitativo di km, applicati alla durata prevista del contratto (9 anni), danno un totale stimato di 152.772.346,35 veicoli/ km.

I corrispettivi relativi all'anno 2018 erogati a titolo di compensazione degli obblighi di servizio sono così dettagliati:

- *servizi extraurbani: 18.816.980,42 euro*
- *servizi urbani comune Treviso: 6.296.567,59 euro*
- *servizi urbani comune Conegliano: 544.658.50 euro*
- *servizi urbani comune Montebelluna: 148.609,30 euro*

- servizi urbani comune Vittorio Veneto: 720.568,61 euro.

L'importo complessivo dei predetti corrispettivi per l'intera durata del contratto, è pertanto stimato in euro 238.746.459,78.

Per il calcolo del valore complessivo del contratto di servizio oggetto di affidamento a MOM S.p.A. all'importo sopra determinato andranno aggiunti i ricavi tariffari come da bilanci riferiti all'ultimo triennio”.

Inoltre, il contratto di servizio stabilisce, all'art. 4 (Corrispettivo), che “Gli Enti convenzionati corrispondono al Gestore, quale controprestazione per l'erogazione dei servizi e l'adempimento di tutti gli obblighi assunti con il Contratto, un corrispettivo annuale, al netto di IVA, (appreso denominato “corrispettivo”), distinto per unità di contratto, corrispondente al finanziamento assegnato annualmente dalla Regione per i servizi minimi affidati con il Contratto. Il corrispettivo è calcolato come prodotto della produzione chilometrica per il corrispondente corrispettivo chilometrico unitario deliberati annualmente dalla Regione per singola unità di contratto e comprende gli oneri derivanti dal rinnovo dei contratti collettivi di lavoro per gli anni 2004 - 2007. Il corrispettivo compensa tutti gli obblighi di servizio riportati nel Contratto e tutte le prestazioni del Gestore anche se non espressamente richiamate ma necessarie all'esecuzione dei servizi. Gli Enti convenzionati corrispondono altresì al Gestore ogni ulteriore somma assegnata dalla Regione ad integrazione del corrispettivo [...]” (comma 1); inoltre, prevede che “[...] Gli aggiornamenti del corrispettivo sono erogati nei limiti delle risorse trasferite dalla Regione ai sensi dell'art. 32 della L.R. 25/98. Qualora le risorse regionali per la finalità di cui al paragrafo precedente siano insufficienti o assenti, gli Enti convenzionati possono, per i servizi della propria unità di contratto, deliberare l'erogazione di finanziamenti integrativi provenienti dai propri bilanci e/o manovre tariffarie oppure richiedere al Gestore interventi di efficientamento aziendale e/o di ottimizzazione del servizio come

elencati nella DGR 512/2011, oppure applicare un mix degli interventi citati? (comma 3).

Inoltre, il piano economico finanziario 2019-2027 indica, fra gli altri, gli indici di redditività (cfr. pag. 70).

In conclusione, sul punto, la doglianza della società ricorrente si rivela infondata.

Quanto all'affermata mancata indicazione circa la spettanza della parte residua di sovrapprezzo rispetto a quella attribuita ad Atap S.p.a., giova evidenziare che l'art. 5, comma 2, dello schema di patto parasociale prevede espressamente che “[...] *il valore di liquidazione delle azioni del socio operativo, determinato in rapporto alla partecipazione al capitale sociale, sarà pari alla somma algebrica del valore nominale delle azioni liquidate e del sovrapprezzo versato in ragione dell'offerta presentata nella procedura di gara [...]*”.

Inoltre, appare fisiologico che Atap S.p.a. consegua dall'acquirente il “*prezzo offerto in sede di gara*” (cfr. pag. 43 del disciplinare di gara) in relazione alle “*quote liberate*” (cfr. pag. 3 del disciplinare di gara).

In ordine all'assenza nel PEF di previsioni in ordine alla distribuzione di utili e/o riserve nel periodo dell'affidamento la censura non tiene conto della previsione di cui all'art. 2433 cod. civ. che riserva alla deliberazione dell'assemblea la decisione in ordine alla distribuzione degli utili.

Non risulta comprensibile, poi, per quale ragione gli affermati (dall'esponente) ingenti investimenti immobiliari assorbirebbero senza alcun ritorno le risorse investite, non essendo previsto un divieto di distribuzione degli utili e dovendosi altresì tenere conto di quanto stabilito dal sopra richiamato art. 5, comma 2, dello schema di patto parasociale.

Quanto, infine, al “Gestore dei trasporti”, è la stessa ricorrente a non nutrire dubbi sul fatto che della remunerazione dello stesso debba farsi carico la società mista (irrilevante risultando, pertanto, il profilo dei parametri di remunerazione previsti per detta figura): l’esponente, invero, osserva che detta remunerazione, “*come è indubbiamente dovuto*” sia integralmente a carico della società.

5. Con il quarto motivo la società ricorrente deduce i vizi di *Impossibilità di formulare offerta per omessa indicazione di dati essenziali. Indeterminatezza dell’oggetto della gara e della tipologia di servizio da eseguire. Violazione dei principi di leale collaborazione e buon andamento della Pubblica Amministrazione.*

Per l’esponente l’oggetto dell’affidamento nonché le modalità attraverso le quali esso deve esplicarsi non consentono ai concorrenti la formulazione di un’offerta; invero, sono state interamente omesse ulteriori indicazioni necessarie in relazione agli elementi essenziali della concessione, dati, questi ultimi, senz’altro indispensabili per consentire innanzitutto una affidabile progettazione nonché, di conseguenza, una corretta quantificazione dell’offerta economica.

Lamenta la società ricorrente come non sia comprensibile a quale titolo la *lex specialis* di gara preveda l’assegnazione non di sole quote e/o azioni di nuova emissione (e riservate), bensì (anche) di una quota di azioni ordinarie che appartengono oggi al socio Atap S.p.a. che sarebbe conseguentemente liquidato.

L’art. 24 del disciplinare di gara - evidenzia la società ricorrente - stabilisce infatti che “*Il prezzo offerto in sede di gara sarà corrisposto dall’acquirente in un’unica soluzione all’atto della stipulazione dei contratti di acquisto secondo le modalità da stabilirsi di comune accordo tra le parti - MOM SpA e ATAP SpA - per le rispettive quote di competenza*”; pertanto,

sebbene le previsioni concernenti l'affidamento al *partner* operativo di una quota della Provincia poi rimessa sul mercato siano coerenti con la disciplina di settore, non può affermarsi lo stesso con riferimento alle quote che Atap S.p.a. dovrà dismettere; l'intenzione di porre in gara la quota di un socio diverso dai due appena menzionati (ovverosia il socio pubblico di maggioranza e il *partner* privato), evidenzia l'ennesima anomalia della gara oggetto di impugnazione.

La gara prevede l'individuazione di un socio di Mobilità di Marca S.p.a. con specifici compiti operativi, attraverso due distinte modalità: sottoscrizione e versamento dell'aumento di capitale sociale di Euro 5.003.911,00; acquisto delle quote liberate dalla società Atap S.p.a. per Euro 3.478.100,00 (complessivamente pari al 30% del nuovo capitale sociale), con sovrapprezzo di euro 0,35483 per azione per complessivi Euro 3.009.672,00.

La peculiarità che si rinviene e che rende il caso emblematico – argomenta la società ricorrente - è data dalla circostanza che non è il socio pubblico di maggioranza – o, almeno, non solo – a vendere la quota di partecipazione della società (cfr., in questi termini, anche ANAC delibera n. 677 del 28 giugno 2017).

Inoltre, per l'esponente la formulazione di un'offerta seria ed attendibile è resa impossibile anche dall'indeterminatezza complessiva di ulteriori informazioni relative alla gara a doppio oggetto; tra queste: la documentazione di gara non pare comprendere alcun vincolante impegno del socio Atap S.p.a. alla cessione delle rispettive azioni a valle dell'aggiudicazione in favore del nuovo socio privato; i documenti di gara, nonostante l'offerta tecnica e l'offerta economica non abbiano in tale tipologia di procedura alcuna reciproca relazione, indicano che l'offerta del

concorrente verrà sottoposta a verifica di congruità senza tuttavia specificare le condizioni e le modalità di attivazione di siffatto procedimento.

La disamina di questi ulteriori profili di indeterminatezza e/o di carenza di informazioni, fanno emergere in modo inequivoco l'impossibilità per il concorrente di formulare un'offerta seria ed attendibile, che risponda anche e soprattutto al miglior interesse della Provincia di affidare un servizio di interesse economico generale, come quello oggetto della presente gara, ad un soggetto che abbia formulato un'offerta seria e concretamente attuabile.

Le parti resistente e controinteressate hanno contrastato le argomentazioni della società ricorrente.

5.1. Il motivo è infondato.

Il “meccanismo di ingresso” del (nuovo) *partner* privato (operativo) nella compagine Mobilità di Marca S.p.a. appare delineato in modo chiaro dagli atti di gara: quella attivata dalla parte resistente è, invero, una procedura a doppio oggetto (cfr. pagg. 3 e 5 disciplinare di gara) per:

- l'individuazione di un socio di Mobilità di Marca S.p.a. con specifici compiti operativi, e ciò mediante la sottoscrizione e versamento dell'aumento di capitale sociale di Euro 5.003.911 riservato al medesimo e acquisto delle quote liberate dalla società Atap S.p.a. per Euro 3.478.100, (complessivamente pari al 30% del nuovo capitale sociale), con sovrapprezzo di Euro 0,35483 per azione per complessivi Euro 3.009.672,00;
- per l'affidamento a Mobilità di Marca S.p.a. di servizi di TPL urbani ed extraurbani nel bacino della Provincia di Treviso.

Il quadro riepilogativo dell'operazione, così come congegnata, è delineato a pag. 6 del disciplinare di gara ove si legge che il “*Il valore dei titoli azionari della società MOM S.p.A. che l'operatore selezionato dovrà sottoscrivere/acquistare e posti a base d'asta è pari ad euro 8.482.011,00 [...] con un sovrapprezzo di euro 3.009.672,00 [...] per un totale di euro 11.491.683,00 [...]*”.

Dalla tabella racchiusa sempre a pag. 6 del disciplinare di gara si ricava che il numero di azioni è pari a 8.482.011, di cui 3.478.100 relative alla cessione Atap S.p.a. e 5.003.911 relative all'aumento del capitale.

Del tutto irrilevante si palesa, dunque, il richiamo operato dalla società ricorrente al punto 24 del disciplinare di gara (pag. 43), il quale stabilisce che il prezzo offerto in sede di gara sarà corrisposto dall'acquirente in un'unica soluzione all'atto della stipulazione dei contratti di acquisto secondo le *modalità* da stabilirsi di comune accordo tra Mobilità di Marca S.p.a. e Atap S.p.a. per le rispettive quote di competenza: le (mere) *modalità* di corresponsione del prezzo offerto in sede di gara - da stabilirsi - di certo non costituiscono elemento in grado di incidere sulla possibilità di formulare l'offerta.

In ordine all'argomentazione – racchiusa alle pagg. 13-14 della memoria depositata dalla società ricorrente – in base alla quale l'art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 175 del 2016 prevede due differenti modalità operative volte a consentire al socio privato il conseguimento della quota di partecipazione nella società mista (differenti modalità che, in virtù dell'impiego della preposizione “o”, debbono intendersi alternative tra loro) essa risulta priva di base.

E' ben vero, infatti, che il cit. art. 17, comma 1, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, dopo aver stabilito la misura

minima della partecipazione del socio privato nella società mista pubblico-privata (30%), ha previsto la selezione del medesimo con procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto, al contempo, la sottoscrizione “o” l'acquisto della partecipazione societaria e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista.

Tuttavia, la società ricorrente non si spinge ad illustrare quale concreto e sotteso interesse sostanziale risulterebbe vulnerato dall'ipotesi di congiunto (e non alternativo) acquisto “e” sottoscrizione della partecipazione societaria.

Non risulterebbe spiegata, inoltre, la ragione per la quale le modalità in questione ove attuate alternativamente sarebbero pienamente legittime, mentre la loro congiunta attuazione renderebbe l'operazione non più rispondente alla previsione di legge, tanto più che lo stesso art. 17, comma 1, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 non pone un divieto nei termini indicati dalla società ricorrente ma si limita a descrivere, in termini essenziali e sintetici, in cosa si sostanzia la c.d. gara a doppio oggetto.

Infine, l'argomentazione in questione si pone in contrasto con il principio di *economia dei mezzi giuridici*, in quanto impone l'attivazione di plurime e distinte procedure - per l'acquisto nonché per la sottoscrizione - nell'ambito della più ampia c.d. gara a doppio oggetto.

Inconferente si rivela il richiamo alla delibera ANAC n. 677 del 28 giugno 2017: è sufficiente evidenziare che la fattispecie esaminata nella richiamata delibera concerneva la cessione del pacchetto azionario di una compagine societaria “*in assenza di procedura ad*

evidenza pubblica” (procedura che, invece, nella fattispecie in esame è stata attivata).

Inoltre, sebbene la documentazione di gara non comprenda l'impegno di Atap S.p.a. alla cessione delle rispettive azioni “a valle” della procedura competitiva, nel citato verbale di assemblea straordinaria di Mobilità di Marca S.p.a. repertorio n. 7726 raccolta n. 4918 datato 28 novembre 2018, si legge della “*volontà del socio "ATAP S.P.A." di dismettere la propria partecipazione in "MOBILITA' DI MARCA S.P.A.[...]*” e, poi, che il nuovo socio operativo “*dovrà acquistare le 3.478.100 [...] azioni messe in vendita da "ATAP S.P.A." per l'importo nominale di Euro 3.478.100,00*” (si è già detto che detta deliberazione risulta essere stata approvata con il voto favorevole manifestato da tutti i soci presenti portatori complessivamente del 93,36% del capitale sociale).

Inoltre, Atap S.p.a. ha depositato in giudizio (in data 18 novembre 2019, doc. 7) atto recante il conferimento di mandato a negoziare per proprio conto, nell'ambito della procedura di gara c.d. "a doppio oggetto", in favore dell'Ente di Governo in relazione alle azioni detenute; detto atto contiene la seguente previsione di impegno: “*ATAP S.p.A. si obbliga a cedere al soggetto risultato aggiudicatario della procedura di gara indetta dall'Ente di Governo e, per l'effetto, qualificato come "Socio privato" della società Mobilità di Marca S.p.A., le azioni di sua proprietà alle condizioni di aggiudicazione, tenendo indenne l'Ente di Governo e la predetta Società da ogni conseguente pretesa eventualmente vantata dal "Socio privato" sui predetti titoli azionari. In virtù dell'obbligo di cui al precedente periodo, ATAP S.p.A., si obbliga a stipulare con il medesimo Socio privato l'atto di cessione dei titoli anzidetti*”.

Infine, quanto alla verifica contemplata dal punto 22 del disciplinare di gara (pagg. 41-42) la stazione appaltante si è riservata di valutare la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte laddove, in base ad elementi specifici, esse appaiano inidonee a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico; l'esclusione è prevista, ai sensi della vigente normativa, in relazione a quelle offerte che, in base all'esame degli elementi forniti con le spiegazioni risultino, nel complesso, inaffidabili.

La disciplina prevista dalla *lex specialis*, inoltre, contempla il relativo procedimento in contraddittorio (il RUP assegna un termine non inferiore a quindici giorni perché l'operatore economico fornisca spiegazioni e, ove le ritenga non sufficienti ad escludere la non congruità, chiede la presentazione di ulteriori chiarimenti, assegnando un termine di giorni cinque; inoltre, può chiedere, anche mediante audizione orale, ulteriori chiarimenti assegnando un termine massimo per il riscontro).

6. Con l'ultimo motivo di gravame la società ricorrente ha dedotto i vizi di *Violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 175/2016. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, omessa motivazione, irragionevolezza.*

Per l'esponente l'indizione della procedura di gara è altresì illegittima in quanto non risulta che vi sia stata una valutazione di maggiore convenienza economica (a prescindere dalla relazione di cui all'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012) da parte della Provincia a fondamento della scelta di indire un'autonoma procedura di gara a doppio oggetto, nonostante la disciplina recata dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016.

La carenza di istruttoria emerge, altresì, sotto un ulteriore punto di vista, poiché non risulta che la Provincia abbia neppure proceduto a richiedere un parere preventivo della propria gara all'Autorità Antitrust che, in qualità di organo consultivo, avrebbe potuto quantomeno fornire un utile contributo per consentire alla stazione appaltante di individuare la corretta modalità di affidamento del servizio messo a gara, nonché, inoltre, a coadiuvarla nel predisporre l'intero impianto di gara, gravemente lacunoso e che rende impossibile la formulazione di una offerta seria e consapevole.

Infine, le operazioni di aumento del capitale sociale, adeguatamente motivate in conformità alle previsioni contenute nella norma, sono soggette al vaglio della Corte dei Conti, a fini conoscitivi, e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, per l'esercizio dei poteri di competenza (ANAC, delibera n. 677 del 28.6.2017 cit.): difatti, ai sensi dell'art. 5, comma 3, del TUSPP *“L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287”*.

Le parti resistente e controinteressate hanno contrastato le argomentazioni della società ricorrente.

6.1. Il motivo è infondato.

I commi 1 e 3 dell'art. 5 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*) - richiamati dalla società ricorrente - riguardano ipotesi di *costituzione* di una società ovvero di *acquisto (acquisizione)* di partecipazione da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite: si tratta, all'evidenza, di fattispecie profondamente diverse da quella in esame

(“Procedura a doppio oggetto per l’individuazione di un socio di MOM spa con specifici compiti operativi, mediante sottoscrizione e versamento dell’aumento di capitale sociale di euro 5.003.911 riservato al medesimo e acquisto delle quote liberate dalla società ATAP spa per euro 3.478.100, (complessivamente pari al 30% del nuovo capitale sociale), con sovrapprezzo di euro 0,35483 per azione per complessivi euro 3.009.672,00, ed affidamento a MOM spa di servizi di TPL urbani ed extraurbani nel bacino della Provincia di Treviso”): cfr. pag. 3 del disciplinare di gara).

Quanto alla mancata richiesta da parte della Provincia di un parere preventivo all’Autorità Antitrust la società ricorrente non declina il fondamento di siffatto obbligo e prospetta la censura in termini di mera opportunità (*l’Autorità Antitrust avrebbe potuto quantomeno fornire un utile contributo*).

7. In conclusione, attesa l’infondatezza delle doglianze il ricorso deve essere respinto.

8. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Busitalia - Sita Nord S.r.l. al pagamento delle spese di giudizio che liquida in Euro 1.000,00 (€ mille/00), oltre accessori di legge, nei confronti della Provincia di Treviso, in Euro 1.000,00 (€ mille/00), oltre accessori di legge, nei confronti di Atap S.p.a. e in Euro 1.000,00 (€ mille/00), oltre accessori di legge, nei confronti di Mobilità di Marca S.p.a..

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario, Estensore

Silvia De Felice, Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Giuseppe Antonio Dato

IL PRESIDENTE
Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO