

Acquisizioni e alienazioni di partecipazioni pubbliche, operazioni di partnership ed evidenza pubblica*

Mauro Renna

Lo scopo del mio contributo è quello di svolgere qualche considerazione su come le finalità della riforma Madia si traducano in strumenti, regole e norme che riguardano in particolare le società a partecipazione pubblica. Nel fare ciò, darò per scontato il quadro delle finalità sottese al nuovo Testo Unico (d.lgs. n. 175/2016) e procederò direttamente con l'analisi delle regole che rappresentano la traduzione delle finalità generali della riforma Madia così come codificate all'interno del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Innanzitutto, un primo elemento da mettere al centro dell'attenzione consiste nella relazione di simmetria/asimmetria che il Testo Unico in esame pone rispetto a due fattispecie tra loro distinte: il caso in cui debbano essere acquisite partecipazioni societarie o costituite nuove società (queste due ipotesi sono, invero, accomunate dal Testo Unico, con riguardo all'oggetto delle osservazioni che mi accingo a svolgere), da un lato, e il differente caso in cui le partecipazioni siano oggetto di dismissione o – per utilizzare una diversa espressione – di alienazione.

È chiaro che, postulando sullo sfondo le finalità prima richiamate, il Testo Unico non possa che esprimere un *favor* evidente per le alienazioni e, viceversa, uno sfavore tendenziale per l'acquisizione di partecipazioni da parte delle pubbliche amministrazioni e, in via indiretta, delle società pubbliche, nonché per la costituzione di nuove entità societarie a partecipazione pubblica.

Qual è lo strumento attraverso il quale il legislatore delegato ha perseguito queste due direttrici?

Si è utilizzato, allo scopo, il classico strumento del diritto amministrativo, ossia la previsione di provvedimenti amministrativi (sotto forma di “delibere”)

* Il presente contributo costituisce una riproposizione del testo, rivisto e aggiornato, della relazione (intitolata *Scelta e motivazione dell'uso o della dismissione delle società a partecipazione pubblica e relative procedure*) presentata al XXXIII Convegno dell'Osservatorio “Giordano Dell'Amore” sui rapporti tra diritto ed economia organizzato dalla Fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale (CNPDS) sul tema “Le imprese a partecipazione pubblica”, che si è svolto presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano il 13 dicembre 2017 e i cui atti sono stati pubblicati in G. Presti, M. Renna (a cura di), *Le imprese a partecipazione pubblica*, Milano, 2018.

che richiedono importanti oneri motivazionali a carico delle pubbliche amministrazioni coinvolte dalle operazioni societarie, specie laddove si intenda procedere ad acquisti di nuove partecipazioni. Inoltre, il diritto amministrativo richiama altresì una serie di regole concernenti la c.d. evidenza pubblica, vale a dire quelle stesse regole che sono racchiuse all'interno del Codice dei contratti pubblici e che riguardano (soprattutto, ma non solo) la dismissione delle partecipazioni societarie in mano pubblica.

In buona sostanza, le scelte che attengono alle partecipazioni societarie di pubbliche amministrazioni sono precedute (in realtà, in alcuni casi gli atti amministrativi possono essere anche successivi) e – per così dire – “doppiate” da procedure di tipo pubblicistico con forti oneri motivazionali, le quali trovano la propria disciplina specifica all'interno del Testo Unico. Si può, quindi, parlare anche in questa materia di “procedure a evidenza pubblica”.

La previsione di regole “penetranti” – le quali, ricordiamo, costituiscono deroghe al diritto comune, secondo la “regola aurea” (art. 1, comma 3, del Testo Unico) per cui lì dove non c'è la norma pubblicistica tornano a riespandersi il codice civile e, in generale, il diritto societario comune – si traduce, di riflesso, in un'invasione notevole oltre che in una forte compressione di quella che è l'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni in materia.

Segnalo altresì che – pur conoscendo bene il Testo Unico la distinzione tra le società in controllo pubblico e le società semplicemente partecipate dalle amministrazioni – la disciplina sulle partecipazioni in esame, in realtà, non distingue tra i tipi di società in controllo pubblico o semplicemente oggetto di partecipazione pubblica, occupandosi delle partecipazioni pubbliche in quanto tali e, dunque, nei termini più generali e onnicomprensivi possibili.

Se a ciò si aggiunge che il Testo Unico auto-dichiara di applicarsi non solo alle partecipazioni c.d. dirette delle pubbliche amministrazioni, bensì anche a quelle c.d. indirette (vedi l'art. 1, primo comma, in combinato disposto con l'art. 2, lett. g), del T.U.), il risultato è che si possono avere partecipazioni di società pubbliche in altre società pubbliche che, a loro volta, soggiacciono anch'esse alle regole del Testo Unico, in quanto rientranti nell'ambito del concetto della partecipazione indiretta.

Pertanto, quello che dirò vale non solo per le partecipazioni dirette delle amministrazioni nelle società pubbliche, ma anche per le partecipazioni indirette, ossia quelle detenute attraverso società pubbliche interposte tra le amministrazioni e le società partecipate dalle prime.

Un siffatto perimetro applicativo è alquanto invasivo, come si può subito notare, e mi chiedo, di conseguenza, se sia rispettato il principio di proporzionalità nel non avere previsto, per esempio, alcuna soglia minima di “presenza di par-

tecipazione pubblica” nelle società indirettamente partecipate, ai fini dell’applicabilità delle norme in esame.

Questo è un tema che volevo sin da subito segnalare poiché riguarda la sfera di applicazione delle norme considerate: una sfera di applicazione che, prescindendo dalla previsione di soglie minime di partecipazione pubblica (quantomeno) indiretta, pone un problema, io credo, di eccessiva pubblicizzazione della disciplina.

Ora, venendo ai due ambiti di regole fissate dal Testo Unico – da una parte, per la costituzione di nuove società o l’acquisto di partecipazioni; dall’altra, per le alienazioni o dismissioni – è chiaro che la norma centrale è rappresentata dall’art. 4 del Testo Unico; in realtà, cominciando dall’acquisto di partecipazioni pubbliche o costituzione di nuove società, c’è un gruppo più ampio di norme che concernono questo tema, ossia gli artt. 4, 5, 7 e 8 del Testo Unico.

Nell’ambito di questo quadro normativo, proverò ora a riassumere la disciplina muovendo alcune considerazioni critiche.

Ebbene, l’art. 4 è la norma cardinale; è quella che, sostanzialmente, traccia il “diritto di esistere” delle società e, quindi, anche il “diritto” per gli enti pubblici di acquistare azioni o di costituire nuove società, che è proprio il tema del quale ci stiamo occupando.

Nello specifico, l’art. 4 riprende una vecchia disposizione – l’art. 3, comma 27, della legge finanziaria per l’anno 2008 (l. n. 244/2007) – ove si diceva che la possibilità di acquistare partecipazioni o di costituire società per gli enti pubblici richiedesse la dimostrazione della stretta necessità delle stesse per il perseguimento delle finalità istituzionali degli enti.

Questo primo profilo, quindi non nuovo e oggi ripreso dal Testo Unico, consiste nel c.d. vincolo di scopo: vale a dire, il vincolo che lega la possibilità di effettuare dette operazioni alle finalità istituzionali proprie dell’ente pubblico. In argomento, esiste dunque da tempo ampia giurisprudenza, sia della Corte dei Conti che dei giudici amministrativi.

Pertanto, il suddetto vincolo di scopo, il cui rispetto è da riscontrare nella motivazione che giustifica la decisione amministrativa di acquistare le partecipazioni o di costituire la nuova società, non è di per sé un’innovazione del Testo Unico.

Tuttavia, mentre in passato il vincolo di scopo veniva declinato in una serie di fattispecie che rappresentavano una casistica di prassi di amministrazioni oltre che giurisprudenziale, la scelta che ha fatto il Testo Unico (precisamente, l’art. 4, comma 2) è stata quella di indicare non solo il vincolo di scopo (così come fa esplicitamente l’art. 4, comma 1), bensì anche un aggiuntivo vincolo relativo a specifiche attività: l’art. 4, comma 2, afferma – in sostanza – che non è sufficiente il rispetto di un vincolo di scopo alla base dell’operazione, poiché la stessa deve

rientrare anche all'interno di precisi ambiti oggettivi, entro i quali è ammesso per le amministrazioni lo svolgimento di certe attività in forma societaria.

In altri termini, le società a partecipazione pubblica non solo devono perseguire le finalità istituzionali dell'ente partecipante, ma possono concernere esclusivamente alcuni tipi di attività: l'art. 4, comma 2, del Testo Unico somma quindi al vincolo di scopo un nuovo vincolo – per così dire – “di attività”.

Di conseguenza, la disposizione reca – dalla lettera a) alla lettera e) – un elenco, ormai credo già abbastanza noto, che prescrive quali siano le uniche attività possibili per le società a partecipazione pubblica: i servizi di interesse generale, l'autoproduzione di beni o servizi strumentali agli enti partecipanti, l'attuazione di accordi di programma, di contratti di partenariato, etc..

Al precedente criterio per “finalità generali” si aggiunge quindi un nuovo approccio casistico, il quale è, con ovvia evidenza, maggiormente invasivo rispetto all'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni che si trovano a voler adottare scelte di questo tipo.

Sempre l'art. 4 – ma su questo sarò rapidissimo – identifica poi, nei commi successivi, tutta una serie di casi in cui si fanno salve determinate fattispecie, vale a dire si mantengono efficaci norme che riguardano casi puntuali e specifiche possibilità di costituire società, in deroga alle regole generali prima richiamate.

In conclusione, quello che emerge è che le pubbliche amministrazioni – il messaggio ultimo può apparire come semplice e banale, ma è questo – non devono più svolgere attività d'impresa comune: l'attività d'impresa ordinaria, ossia che non abbia alcuna finalità di interesse generale, è bandita dall'ordinamento per le pubbliche amministrazioni. Per raggiungere questo risultato, passando quindi dall'individuazione dei casi in cui è possibile acquistare partecipazioni o costituire nuove società all'analisi delle procedure o – come dicevo poc'anzi – degli strumenti attraverso i quali si realizzano le finalità della riforma, il Testo Unico ha previsto procedimenti e atti di natura pubblicistica; e ciò, si badi ancora, non solo con riguardo alle partecipazioni dirette, ma anche per quanto concerne le partecipazioni indirette, sicché le relative decisioni non saranno assunte soltanto dalle società pubbliche interessate, ma dovranno essere adottate anche dagli enti pubblici partecipanti a monte.

I provvedimenti amministrativi relativi a dette procedure sono quelli rispetto ai quali l'art. 7, comma 1, del Testo Unico, detta le competenze, prescrivendo, a seconda della tipologia di ente pubblico interessato, quali siano gli organi che devono deliberare l'acquisizione di partecipazioni o la costituzione di nuove società. I negozi che determinano il trasferimento di partecipazioni o la costituzione di società non producono effetto se non intervengono i necessari provvedimenti amministrativi, come si ricava chiaramente anche dall'art. 8 del Testo Unico.

Segnalo, a tal proposito, che si assiste – così come per i contratti pubblici prima evocati – a una situazione nella quale vi è una fase pubblicistica, sottoposta (in caso di contestazioni) alla giurisdizione amministrativa, accompagnata da una parallela (successiva o, in taluni casi, anche antecedente) fase privatistica, consistente nella stipula dei negozi e nella loro esecuzione, che appartiene invece alla giurisdizione del giudice ordinario.

Detto ciò, l'art. 5 del Testo Unico – ed è questa forse la parte più invasiva di tutta la disciplina – configura gli specifici contenuti motivazionali che devono essere presenti nei provvedimenti amministrativi di cui dicevo prima. Si richiede, nello specifico, una motivazione analitica riguardo a: la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4; l'esistenza di ragioni e finalità che giustificano la scelta compiuta anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria; la compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa; la compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei (qui si pensa, in particolare, alla disciplina *antitrust* e alla disciplina europea in materia di aiuti di Stato).

Pertanto, il legislatore impone le motivazioni che debbono essere presenti nella delibera che dispone l'acquisto di partecipazioni o la costituzione di una nuova società. Per fortuna, a mio avviso, è stato espunto – a opera del decreto legislativo correttivo n. 100/2017 – un onere motivazionale ulteriore che era presente nella prima versione del testo e che davvero appariva come sproporzionato: si imponeva, infatti, all'amministrazione di motivare anche in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate nell'operazione in questione. Francamente, ritengo che quest'onere si traducesse in una sorta di "*probatio diabolica*", concernente, peraltro, scelte politiche, quali sono quelle che riguardano l'assegnazione di alcune somme in bilancio per una certa destinazione piuttosto che per un'altra.

Per fortuna questo onere motivazionale è stato espunto, ma, cionondimeno, i restanti altri sono particolarmente significativi e gravosi.

A tutto ciò si aggiunge, inoltre, una proceduralizzazione "forte" della scelta di acquisire partecipazioni o di costituire nuove società: si prevede l'invio della delibera alla Corte dei conti, non per un controllo preventivo, ma a fini conoscitivi, anche se è evidente che la Corte dei conti potrà comunque attivare *ex post* l'esercizio dei propri poteri (come si ricava anche dalle previsioni del comma 4 dello stesso articolo 5 del Testo Unico); nonché l'invio della medesima delibera all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, finalizzato espressamente alla possibilità per l'Autorità – ormai nota a tutti – di impugnare i provvedimenti amministrativi ove ritenuti lesivi della concorrenza.

Infine, nel caso delle delibere degli enti locali, è stato anche previsto lo svolgimento di forme di previa consultazione pubblica, secondo le modalità prescelte e disciplinate dal singolo ente; rispettando, così, almeno in questa parte della nuova disciplina, l'autonomia dell'ente locale nel decidere quali debbano essere le forme di consultazione più consone per le operazioni da realizzare.

Ora, quella appena segnalata è una previsione che, a mio modo di vedere, si può giustificare probabilmente per le società che svolgono servizi pubblici; del resto, nel testo della lontana legge Giolitti del 1903, relativa alle c.d. municipalizzazioni, era prevista una vera e propria consultazione popolare sulla decisione di assumere direttamente un servizio pubblico da parte di un Comune. Mi pare, invece, che l'estensione della previsione di forme di consultazione pubblica anche ad altre ipotesi, come ad esempio quelle delle società strumentali di autoproduzione degli enti locali, ancora una volta potrebbe risultare in violazione del principio di proporzionalità.

Venendo adesso al secondo gruppo di regole e, dunque, all'altro tema di cui mi devo occupare, quello delle alienazioni e dismissioni di partecipazioni pubbliche, ancora una volta sia dirette che indirette, è evidente il cambio totale di approccio del legislatore. Infatti, in questo caso non v'è più un problema di motivazione delle decisioni, dato che il legislatore non si preoccupa delle ragioni sottese alla scelta pubblica, essendovi – potremmo dire – quasi “di *default*” nell'ordinamento uno spiccato *favor* per la dismissione. La motivazione della scelta non richiede quindi di essere esplicitata in modo specifico, o meglio dovrà essere resa nei termini previsti in generale per tutti i provvedimenti amministrativi, senza essere oggetto di specifici e stringenti oneri contenutistici, del tipo di quelli previsti dall'art. 5 del Testo Unico.

Da questo punto di vista, dunque, il legislatore non percepisce un problema specifico avverso il quale cautelarsi; di conseguenza, si assiste a una leggera espansione dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, quanto alla scelta sull'*an* della dismissione – anche se, in molti casi, è poi il legislatore stesso a stimolare, se non imporre, dismissioni, rendendo in tal modo più agevoli le relative motivazioni.

Il problema qui, come è facile intuire, è un altro: essendo le partecipazioni societarie configurabili alla stregua di beni pubblici, nel senso di beni di proprietà diretta o indiretta di pubbliche amministrazioni, la preoccupazione del legislatore in caso di loro alienazione è quella di preservare l'applicazione delle regole di contabilità pubblica e di tutelare, al contempo, la concorrenza. In altri termini, la situazione ricade all'interno delle fattispecie per le quali il legislatore, in ragione della proprietà pubblica dei beni, è solito dettare regole di concorsualità per la

loro alienazione. Basti ricordare, in proposito, le regole di contabilità pubblica di cui al vecchio regio decreto del 1924.

Per vendere beni pubblici, nel caso di specie partecipazioni societarie, occorre dunque seguire regole capaci di garantire sia il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa, sia la tutela della concorrenza.

Si arriva così alla regola fissata nell'art. 10 del Testo Unico: una regola generale di procedura concorsuale, di valutazione comparativa, per quanto concerne le alienazioni di partecipazioni societarie, dirette o indirette, da parte degli enti pubblici.

Al riguardo, segnalo immediatamente un problema interpretativo che, a mio avviso, la disposizione in esame pone all'attenzione e che il Testo Unico non pare avere preso in considerazione, ossia l'identificazione del concetto di alienazione di partecipazioni ai fini della disciplina qui dettata. Più precisamente, sappiamo bene anche noi amministrativisti che gli aumenti di capitale sono cosa diversa dalle alienazioni di partecipazioni; tuttavia, mi pare che dobbiamo chiederci se la prevista regola dell'evidenza pubblica e, in particolare, della procedura comparativa non debba valere anche per gli aumenti di capitale delle società pubbliche la cui sottoscrizione non sia riservata a determinati soggetti.

Sicché, sotto il profilo dell'esigenza pubblicistica che costituisce la *ratio* della disposizione in esame, ci si dovrebbe domandare se, in caso di aumento di capitale, il problema sostanziale che ha in mente il legislatore sia il medesimo e, di conseguenza, si debba fare applicazione dell'art. 10, nella parte in cui questo prevede lo svolgimento di valutazioni comparative, così come per la fattispecie – giuridicamente differente (quantomeno dal punto di vista del diritto commerciale) – dell'alienazione di partecipazioni.

Detto questo, il medesimo art. 10, dopo aver affermato la regola generale della procedura aperta e competitiva per alienare le partecipazioni societarie, dispone che, «in casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente». Con una disposizione simile, se si vuole, a quella contenuta nelle vecchie norme di contabilità pubblica, il legislatore ci dice che in casi eccezionali, senza qui tuttavia null'altro aggiungere riguardo a tali casi, è possibile la trattativa diretta con l'acquirente delle partecipazioni.

Naturalmente, in questi casi la motivazione dell'alienazione dovrà dare atto analiticamente della convenienza economica dell'operazione, con particolare attenzione alla congruità del prezzo di vendita; cionondimeno, la disposizione non ci dice quali possano essere questi casi eccezionali, non contenendo alcun elenco casistico.

Ebbene, il tema generale che pongo riguardo a questa disposizione è il seguente: rispetto alla compressione notevole dell'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni operata dal Testo Unico, la scelta di lasciare alle amministrazioni stesse la possibilità di un apprezzamento – con idonea motivazione – di casi eccezionali nei quali si possa ricorrere a una trattativa privata mi pare che costituisca una buona compensazione.

In altri termini, mi pare che in questo caso il legislatore si accorga dell'esistenza di situazioni – senza, però, riuscire a scorgerle tutte (e nel mondo delle operazioni societarie ce ne sono tante) – nelle quali la meccanica applicazione della regola generale, per cui, quand'anche si dovesse cedere una sola partecipazione, quella partecipazione andrebbe ceduta previo espletamento di una procedura comparativa, risulterebbe del tutto inadeguata.

Dal che la scelta di lasciare un buon margine di discrezionalità in capo alle amministrazioni, nell'individuazione in concreto di detti “casi eccezionali”, salvo prevedere ovviamente un onere di motivazione adeguata sulla convenienza economica dell'operazione e sulla congruità del prezzo di vendita delle partecipazioni.

Ma quali possono essere questi casi eccezionali?

È chiaro che qui vengono innanzitutto in mente quei casi – penso sempre alle vecchie norme di contabilità pubblica – in cui non ci può essere che un soggetto al quale vendere, ossia fattispecie di singolarità dell'acquirente che non lasciano alternativa alcuna.

Ciò detto, per cercare di tradurre nella realtà la disposizione in questione, ho pensato alla situazione – che, peraltro, si è già realizzata in concreto e si sta verificando in diverse operazioni societarie – in cui due o più società a partecipazione pubblica realizzino operazioni di partenariato, anche molto complesse. Mi riferisco a quel tipo di operazioni che, ad esempio, oggi sono sempre più richieste da varie normative di settore, come in materia di gas o di trasporti, per cui al fine di partecipare a gare per l'aggiudicazione di determinati servizi pubblici risulta opportuno, se non necessario, procedere ad aggregazioni.

Nel contesto normativo attuale si assiste infatti a una tendenza che stimola sempre più le operazioni di *partnership* tra società pubbliche o, anche, tra società pubbliche e società private. In alcuni casi, vi sono financo piani industriali di società partecipate da enti pubblici (penso, soprattutto, a società organizzate in forma di *holding*, a capo di rilevanti gruppi societari) che prevedono o pensano ad aggregazioni non solo fra singole società, ma anche fra gruppi di società a partecipazione pubblica.

In questi casi, è evidente come il diritto societario ci ponga dinanzi a una complessità di operazioni che non sono riducibili, a ben vedere, né a semplici acquisizioni, né a semplici alienazioni di partecipazioni. Sicché, esistono operazioni com-

plesse, anche di gruppi, nelle quali, in particolare, le azioni o partecipazioni societarie possono essere oggetto di scambio, in cui alcune società possono entrare a far parte di altre società anche scambiandosi rispettivamente proprie partecipazioni.

Esistono, insomma, come ben ci possono insegnare i colleghi giuscommercialisti e gli esperti in diritto societario, svariate operazioni che non sono riducibili né alla mera acquisizione di partecipazioni e nemmeno alla sola fattispecie di alienazione di partecipazioni.

Ebbene, in questi casi, si potrebbe in realtà dire che, quantomeno dal punto di vista pubblicistico e ai fini delle disposizioni del Testo Unico, bisognerebbe provare a scomporre tutti i singoli segmenti della complessiva operazione allo scopo di isolare le singole acquisizioni e alienazioni, per poi applicare contemporaneamente a ciascuna di esse gli artt. 4 e ss., da un lato, e l'art. 10 del Testo Unico, dall'altro.

Ora, nei suddetti casi, sarebbe invero difficile sfuggire – com'è ovvio – all'applicazione all'intera operazione degli artt. 4 e seguenti; al contempo, però, l'art. 10 potrebbe essere applicato proprio con riferimento alla previsione dei “casi eccezionali” di cui si è detto.

Allora, io penso che si possa ritenere, di fronte ad alcune operazioni che presentino realmente una singolarità nel loro complesso, che queste non si possano che concepire e realizzare in un certo modo, ossia riconoscendo che l'operazione societaria non consista in una mera acquisizione di partecipazioni, o in una mera alienazione di partecipazioni, bensì nella realizzazione di un'autentica e unitaria iniziativa di partenariato con altri soggetti e, in particolare, con altre società a partecipazione pubblica e/o altri gruppi pubblici; e in questi casi, anche a voler essere rigorosi e a voler applicare tutte le norme del Testo Unico che concernono sia le acquisizioni che le alienazioni, scomponendo così idealmente l'operazione unitaria, io penso che comunque si rientrerebbe nei “casi eccezionali” di cui all'art. 10 del medesimo Testo Unico.

Rispetto a una siffatta conclusione si potrebbe obiettare che esiste un atto dell'ANAC, n. prot. 38120 del 13 marzo 2017 – recente, ma espresso su una situazione non soggetta al nuovo Testo Unico, non ancora in vigore al momento dell'effettuazione dell'operazione – che si è occupato di un caso abbastanza noto, ossia l'acquisizione da parte di A2A S.p.A. del 51% del capitale sociale di LGH - Linea Group Holding S.p.A..

L'ANAC ha affermato, in sostanza, che la suddetta operazione – effettuata senza gara e a mezzo di trattativa diretta con la società A2A, la quale ha acquisito la maggioranza del capitale sociale di LGH – sarebbe viziata per il mancato espletamento di una procedura comparativa; mentre, tra le diverse motivazioni per cui non è stata svolta in concreto alcuna gara, viene ripetutamente addotta dalle società coinvolte la ritenuta situazione di unicità e infungibilità dei due soggetti che hanno preso parte all'operazione.

Tuttavia, ritengo non preoccupante questo atto dell'ANAC, per alcune semplici ragioni.

In primo luogo, a me pare che quella fattispecie davvero fosse qualificabile come una mera alienazione di partecipazioni pubbliche; infatti, al di là della denominazione “partenariato” formalmente utilizzata per qualificare l'operazione, in concreto risulta essersi trattato di un acquisto, da parte di A2A, della maggioranza del capitale sociale della società pubblica LGH.

In secondo luogo, al momento temporale della realizzazione dell'operazione societaria in questione non era ancora in vigore il Testo Unico n. 175/2016.

Da ultimo, nel caso specifico è stato individuato anche un problema di elusione della regola della c.d. doppia gara. Infatti, non essendo stata bandita alcuna gara, A2A è divenuta socia di LGH – e, dunque, indirettamente affidataria del servizio pubblico a questa affidato – senza essere stata scelta in esito a un'apposita procedura di gara dalle pubbliche amministrazioni che detenevano il capitale sociale di LGH.

Quell'operazione, insomma, risulta affetta da una pluralità di significative problematiche, il che mi porta a non ravvisare particolari elementi di preoccupazione nel segnalato atto dell'ANAC, rispetto alla tesi che ho esposto a proposito dei “casi eccezionali” di cui all'art. 10 del Testo Unico. Peraltro, segnalo che l'operazione in esame non è stata comunque oggetto d'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo ed è, dunque, proseguita senza alcuna battuta di arresto.

In conclusione, a me pare che, al cospetto di un'operazione seria e sincera di partenariato (che non maschera qualcos'altro) fra più soggetti e, in particolare, fra gruppi societari pubblici e/o società a partecipazione pubblica, sia possibile, a certe condizioni, procedere per mezzo di trattativa privata; quello che conta, in tali ipotesi, è che la motivazione dei relativi atti amministrativi, sotto tutti i profili qui analizzati, corrisponda scrupolosamente a quanto prescritto dagli artt. 4 e ss., oltre che dall'art. 10 del Testo Unico.

Pertanto, la motivazione dovrà risultare analitica, solida e robusta; ragion per cui le pubbliche amministrazioni dovranno attrezzarsi, se vorranno realizzare operazioni di questo tipo, per poter predisporre delibere consiliari (penso, soprattutto, agli enti locali) particolarmente articolate e importanti.

Tutto quanto si è esposto dimostra come sicuramente gli intendimenti del Testo Unico siano chiari e buoni; cionondimeno il diritto societario (lo dico dal lato dell'amministrativista) ci offre una serie di situazioni che spesso non sono perfettamente inquadrabili nell'ambito delle regole pubblicistiche poste dal legislatore della riforma: il che pone specialmente gli amministrativisti di fronte all'esigenza di svolgere uno sforzo interpretativo notevole per cercare di tenere insieme i due ambiti disciplinari.

Acquisizioni e alienazioni di partecipazioni pubbliche, operazioni di partnership ed evidenza pubblica

Con il presente scritto l'Autore, nel prendere in considerazione le disposizioni del Testo Unico in materia di acquisizione di partecipazioni societarie e/o di costituzione di nuove società, da un lato, e di alienazione o dismissione delle partecipazioni, dall'altro, esamina gli strumenti attraverso cui il legislatore ha concretamente perseguito le finalità sottese alla disciplina di tali operazioni (che sono di tendenziale disfavore per le une e di "favor" per le altre).

Alcune riflessioni vengono, infine, svolte in merito a quelle operazioni societarie (di partenariato con altre società a partecipazione pubblica o altri gruppi pubblici) che, per la loro singolarità, non sono assimilabili né ad acquisizioni né ad alienazioni di partecipazioni societarie e, in quanto tali, potrebbero essere ricondotte a quei "casi eccezionali" di cui all' art. 10, comma 2, t.u., e quindi giustificare l'applicazione della relativa disciplina.

Acquisitions and disposals of public shareholdings, partnership operations and public evidence

In this article, while taking into consideration the provisions of the Consolidated Law on the acquisition of shareholdings and/or the constitution of new companies on one hand, and the disposal of holdings on the other, the author examines the tools through which the legislator has concretely pursued the purposes underlying the discipline of such operations (which tend to disfavour some and favour others). Finally, a number of reflections are carried out on those corporate transactions (of partnership with other public companies or other public groups), which due to their singularity, cannot be assimilated either to acquisitions or to the disposal of shareholdings and, as such, could be traced back to those 'exceptional cases' referred to in art. 10, paragraph 2 of the Consolidated Law, and therefore justify the application of the relative discipline.

