



CITTÀ DI VIMERCATE
MEDAGLIA D'ARGENTO
AL MERITO CIVILE

SEGRETARIO GENERALE

Prot. come da pec

Spett.le
Cem Ambiente S.p.A.
All'attenzione del
Presidente del Consiglio di Amministrazione
Presidente del Comitato di Controllo
Collegio Sindacale
Direttore Generale
protocollo@pec.cemambiente.it

Oggetto: richiesta di informazioni.

Come è noto, è stata convocata l'Assemblea dei soci Cem Ambiente S.p.A. per il giorno 2 febbraio 2021 con l'indicazione del seguente punto all'ordine del giorno: "Adesione all'aumento di capitale della società partecipata Seruso S.p.A. nell'ambito dell'operazione di project financing finalizzata alla riqualificazione tecnologica dell'impianto di selezione di Verderio."

Ritenendo che alla fattispecie in esame debba applicarsi il procedimento di cui all'art. 5 e ss. del Dlgs. n. 175 del 2016 (procedimento che richiede, come noto, anche la sottoposizione dello schema di atto deliberativo consiliare a forme di consultazione pubblica), in considerazione del fatto che la consultazione pubblica non è ipotizzabile abbia una durata inferiore a 15 giorni, mancano (di qui al 2 febbraio p.v.) i tempi tecnici per dare attuazione al procedimento di cui al già citato art. 5.

Si richiede pertanto che il punto venga trattato dalla Assemblea di Cem Ambiente S.p.A. non appena saranno fornite le risposte ai quesiti posti nelle note in data 3.12.2020 del Comune di Vimodrone e in data 4.1.2021 del Comune di Bernareggio e del Comune di Agrate Brianza (note che si intendono integralmente richiamate ed allegate sub n. 1, n. 2, n. 3 e n. 4), oltre che alle ulteriori richieste di chiarimento contenute nella presente.

Il provvedimento deliberativo che i Consigli Comunali sono chiamati ad approvare è gravato da quello che l'art. 5 definisce "Onere di motivazione analitica", tale onere motivazionale comporta la necessità che ai fini della consultazione pubblica l'investimento richiesto anche in termini di aumento di capitale, sia dimostrato che sia conveniente in termini economici e che – quindi – sia volto a realizzare un risparmio di spesa.

Pertanto allo schema di deliberazione consiliare da sottoporre alla consultazione pubblica e all'esame del Consiglio Comunale necessita una relazione in merito alla motivazione analitica che va predisposta a cura della società Cem Ambiente S.p.A., dovendosi dare conto, con analitica motivazione, delle ragioni e delle finalità che giustificano la scelta



CITTÀ DI VIMERCATE
MEDAGLIA D'ARGENTO
AL MERITO CIVILE

SEGRETARIO GENERALE

dell'aumento di capitale, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato (ciò tanto più che Seruso S.p.A. risulta in perdita nell'esercizio 2019 e assai probabilmente anche nell'esercizio 2020).

La relazione di analitica motivazione dovrà dare evidenza della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, acclarare la compatibilità dell'intervento finanziario previsto (aumento di capitale nell'ambito dell'operazione del project financing) con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Per le finalità di cui sopra, occorre, mediante puntuali argomentazioni dare conto dei seguenti aspetti:

1) Posto che :

- a) Seruso S.p.A è “ *a tutti gli effetti qualificabile come società partecipata, unitamente a Cem Ambiente S.p.A., da altre due società a totale capitale pubblico*”, come correttamente risulta dalla nota di Cem Ambiente S.p.A. in data 19.11.2020 prot. n. 2419;
- b) Seruso S.p.A è proprietaria dell'impianto di selezione di Verderio da riqualificare;
- c) Seruso S.p.A ha attivato, in qualità di mandataria, il ricorso all'istituto del project financing (finanza di progetto) per l'ammodernamento del predetto impianto ai sensi degli art. 183 e ss del Dlgs 50 del 2016 e s.m.i.;
- d) il project financing è un istituto che consente la realizzazione di lavori attraverso l'opera e il finanziamento di soggetti terzi cui devono essere traslati almeno il rischio di costruzione e il rischio di domanda;
- e) Le società a capitale pubblico possono ben assumere la qualifica di promotore in un project financing (vd. Consiglio di Stato, Sez. V, 5/6/2018 n. 3401), pur presentando la fattispecie concreta che concerne Seruso S.p.A. una peculiarità rispetto all'ipotesi indicata nella citata sentenza, in quanto Seruso S.p.A. (a differenza del caso oggetto di esame nella predetta sentenza) è anche proprietaria dell'impianto sul quale intervenire.

La relazione dovrà fornire adeguata motivazione rispetto ai seguenti aspetti:

1) E' stata fatta una valutazione strategica in merito alla possibilità di dismettere la Seruso S.p.A. in perdita ed acquisire direttamente l'impianto, prima di presentare la proposta di aumento di capitale, se si con quale atto?

1.1) Perché l'attivazione del project financing non abbia portato all'individuazione di un soggetto terzo (al di fuori di Seruso S.p.A. e dei soci di quest'ultima) che procedesse a riqualificare l'impianto e finanziare l'opera,

1.2) Individuare la disposizione normativa in applicazione della quale Seruso S.p.A. era legittimata a fare il promotore di un project financing per la riqualificazione di un proprio impianto;



CITTÀ DI VIMERCATE
MEDAGLIA D'ARGENTO
AL MERITO CIVILE

SEGRETARIO GENERALE

- 1.3) Argomentare sulla motivazione per cui sono stati ritenuti non ricorrere elementi distorsivi della concorrenza stante la indubbia approfondita conoscenza di Seruso S.p.A. (rispetto agli altri operatori presenti sul mercato) dell'impianto di proprietà e gestito dalla stessa società;
- 1.4) Individuare come si concilia la procedura posta in essere da Seruso S.p.A. in qualità di mandataria con la traslazione dei rischi propri del project financing;
- 1.5) Fornire riscontro dell'avvenuta adozione della matrice dei rischi prevista dalle Linee Guida dell'Anac n. 9 del 2018, dimostrando le modalità di traslazione dei rischi propri del project financing;
- 1.6) Fermo restando che la stazione appaltante, in fase di scelta del promotore di un *project financing*, gode di amplissima discrezionalità, sindacabile unicamente per manifesta illogicità o incongruità o travisamento dei fatti (sentenza del T.A.R. Toscana, sent. 28 febbraio 2018, n. 328), relazionare sulle motivazioni per cui:
- a) Seruso S.p.A. in qualità di proprietaria dell'impianto non ha (come legittimamente avrebbe ben potuto fare) prescelto quali promotori del project financing per l'ammodernamento del proprio impianto le società francesi (che nella realtà sono divenute, invece, mandanti della mandataria Seruso S.p.A.);
- b) Stante il fatto che la procedura attivata da Seruso S.p.A. è intesa a perseguire l'obiettivo di riqualificare l'impianto e di lasciare alla proprietaria – Seruso S.p.A. - la gestione dello stesso, fornire le motivazioni per cui non è stato, in alternativa, posto in essere un appalto di lavori, beneficiando in tal modo dei ribassi di gara per l'esecuzione dei lavori in esito ad una procedura di gara aperta alla concorrenza di molteplici operatori presenti nel mercato;
- c) relazionare con quali procedure e da quali soggetti sono state prescelte "a monte" della procedura di project financing, le due società dando conto delle eventuali motivazione di esclusione della procedura ad evidenza pubblica per la scelta delle mandanti in caso di RTI promosso da una società a capitale pubblico;
- d) Indicare quale organo e con quale atto è stata dichiarata la pubblica utilità della proposta di project financing dando conto dell'avvenuta valutazione sui requisiti di capacità economica finanziaria della società Seruso S.p.A. di svolgere il ruolo di promotore, alla luce della situazione di perdita della stessa;
- e) Indicare se il bando di gara del project financing prevedeva, ai sensi dell'art. 184 del Dlgs 50/2016, la facoltà per l'aggiudicatario di costituire, dopo l'aggiudicazione, una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile e se Seruso S.p.A. e le due mandatarie si avvarranno di tale facoltà;
- f) In caso di scarso/mancato funzionalmente dell'ammodernamento, dalla relazione dovrà emergere che Seruso S.p.A. risponde solidalmente con i due operatori privati individuati, in qualità di la mandataria della RTI.

- 2) Posto altresì che** nel project financing attivato da Seruso S.p.A. la somma di 2,152 milioni di euro sarà finanziata da soci a titolo oneroso, la somma di 2 milioni di euro mediante aumento di capitale, l'altra parte (7 milioni di euro) mediante finanziamento bancario che potrebbe essere sostituito da finanziamento soci (come riportato nella nota di Cem Ambiente S.p.A. del 9.11.2020 indirizzata al Consiglio di Amministrazione ed al Collegio Sindacale)

Si richiede in proposito di acquisire copia della seguente documentazione:

COMUNE DI VIMERCATE
PALAZZO TROTTI
PIAZZA UNITA' D'ITALIA 1
20871 VIMERCATE - MB
TEL 039.66.59.1 - FAX 039.60.84.044
WWW.COMUNEVIMERCATE.MB.IT
CODICE FISCALE 02026560157
PARTITA IVA 00728730961

SEGRETARIO GENERALE
PALAZZO TROTTI
PIAZZA UNITA' D'ITALIA 1
20871 VIMERCATE - MB
TEL 039.66.59.338
FAX 039.66.59.335



CITTÀ DI VIMERCATE
MEDAGLIA D'ARGENTO
AL MERITO CIVILE

SEGRETARIO GENERALE

- 2.1) copia del Piano Economico-Finanziario (PEF) che costituisce uno degli elementi posti a base di gara che – tra gli altri elementi – dovrebbe contenere l'indicazione della eventuale contribuzione a carico degli enti soci, nel rispetto della disposizione di cui all'art 180 comma 6 del dlgs. N. 50 del 2016, secondo cui l'intervento del proprietario pubblico dell'impianto oggetto di riqualificazione tramite project financing non può essere superiore al 49% del costo dell'investimento complessivo comprensivo di eventuali oneri finanziari;
- 2.2) la documentazione attestante il finanziamento bancario;
- 2.3) dare conto delle motivazioni della mancata partecipazione di Silea S.p.A. e di Bea S.p.A. al prospettato aumento di capitale di Seruso S.p.A. e pertanto della motivazione per cui gli oneri discendenti dall'aumento di capitale non vengono ripartiti pro quota tra le società detentrici delle quote azionarie di Seruso S.p.A., lasciando gravare invece tutto il peso solo su Cem Ambiente S.p.A.

3) Posto infine che Seruso S.p.A. è in perdita nell'esercizio 2019 e molto probabilmente anche nell'esercizio 2020

Si richiede in proposito:

3.1) Come richiesto nelle note dei Comuni di Vimodrone, Bernareggio ed Agrate Brianza (allegate alla presente), se la società ha adottato uno specifico programma di valutazione del rischio di crisi aziendale. Allorquando l'organo amministrativo ha avuto evidenza di un indicatore di crisi aziendale ha adottato i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi? Ha adottato il piano di risanamento e ristrutturazione dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte? Per le spese di personale si rinvia alle note sopra citate.

3.2) per quali motivi non si ritiene – visti gli obblighi di contenimento e razionalizzazione dei costi aziendali – che il compenso complessivo dei n. 4 componenti del Consiglio di Amministrazione (nominati in data 12 giugno e 24 settembre 2019) debba essere quanto meno pari al compenso complessivo in vigore per il Consiglio di Amministrazione per il periodo antecedente al 24.9.2019?

Si fa presente la documentazione della procedura di project financing non è stata resa pubblica e gli enti soci non hanno avuto relazioni scritte da parte di CEM Ambiente S.p.A. prima del 19.11.2020 né riguardo alle perdite di Seruso S.p.A. né riguardo alla procedura di project financing.

Alla luce della specificità delle richieste sopra indicate, la riunione convocata in videoconferenza per il giorno 18.1.2021 potrà avere un taglio operativo finalizzato alla soluzione delle questioni nel più breve tempo possibile qualora Cem Ambiente S.p.A. fosse in grado di fornire riscontro scritto alle succitate note dei Comuni di Vimodrone, Bernareggio



CITTÀ DI VIMERCATE
MEDAGLIA D'ARGENTO
AL MERITO CIVILE

SEGRETARIO GENERALE

e Agrate Brianza, nonché ai contenuti nella presente nota prima dell'inizio della predetta riunione.

Da ultimo, è auspicabile che il Notaio che sarà chiamato alla stipula del provvedimento di aumento di capitale di Seruso S.p.A. venga previamente coinvolto nel procedimento *de quo* in ragione dei penetranti compiti di controllo notarile in materia (come risulta dallo Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 229-2017/I, che ad ogni buon conto si allega – allegato n. 5) e dal quale si possono trarre utili elementi che depongono a favore della già invocata applicazione nella fattispecie dell'art. 5 e ss. Del Dlgs. 175/2016.

Distinti saluti

IL SEGRETARIO GENERALE
Dott. Massimo Salvemini

Allegati:

- n. 1, 2, 3, 4: comunicazione Comuni
- n. 5: Studio Consiglio Nazionale Notariato



Palazzo Comunale Via C. Battisti, 56 – C.A.P. 20090 – Vimodrone (MI)
Telefono 02250771 – Fax 022500316
Pec comune.vimodrone@pec.regione.lombardia.it
E-mail Istituzionale protocollo@comune.vimodrone.milano.it
Codice identificativo univoco fatturazione: BHK9ZK
Codice Fiscale 07430220157 – Partita Iva 00858950967

COMUNE DI VIMODRONE

Città metropolitana di Milano

CEM Ambiente S.p.A.

17 DIC. 2020

prot. n. 2549

Vimodrone, 3 dicembre 2020

Prot. PEC 17843

Società Cem Ambiente s.p.a.
c.a. Presidente Consiglio di
Amministrazione

Comuni soci attraverso apposita
comunicazione della società Cem
Ambiente s.p.a

Sindaco del Comune di Vimodrone in
qualità di componente del Comitato di
controllo delle Amministrazioni titolari di
partecipazioni

OGGETTO: RILIEVI RELATIVI AL 2° PUNTO DELL'ORDINE DEL GIORNO DELL'ASSEMBLEA CONVOCATA PER IL GIORNO 17/12

Abbiamo analizzato la documentazione che c'è pervenuta due giorni fa relativa al secondo punto dell'ordine del giorno dell'assemblea dei soci convocata in seduta ordinaria d'urgenza per il 17 dicembre 2020, avente ad oggetto "adesione all'aumento di capitale della società partecipata Seruso s.p.a. nell'ambito dell'operazione di project financing finalizzata alla riqualificazione tecnologica dell'impianto di selezione di Verderio" e qui di seguito riportiamo alcuni rilievi che riteniamo importanti.

Per il Comune di Vimodrone (come per tutti gli altri Comuni soci) l'operazione proposta comporta due fondamentali punti da affrontare, connessi tra loro

In primo luogo, l'operazione prospettata comporta per il Comune di Vimodrone un aumento della partecipazione indiretta in Seruso e questo fa scattare l'operatività dell'articolo 5 del D.lgs. n. 175 /2016. L'articolo 5 comporta per il Comune l'adozione di un atto deliberativo (su cui poi si dovrà acquisire anche il parere del collegio dei revisori dei conti) analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali e che evidenzia le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria nonché della gestione diretta o esternalizzata del servizio e che dia conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. Inoltre l'atto deliberativo che occorre assumere deve dare atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e in particolare con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Lo schema di atto deliberativo poi, prima di essere adottato, deve essere sottoposto a forme di consultazione pubblica e poi deve essere inviato alla Corte dei Conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato che potrà esercitare i poteri di cui all'articolo 21 bis della legge 10 ottobre 1990 n. 287 (che prevedono che l'Autorità garante



Palazzo Comunale Via C. Battisti, 56 – C.A.P. 20090 – Vimodrone (MI)
Telefono 02250771 – Fax 022500316
Pec comune.vimodrone@pec.regione.lombardia.it
E-mail Istituzionale protocollo@comune.vimodrone.milano.it
Codice identificativo univoco fatturazione: BHK9ZK
Codice Fiscale 07430220157 – Partita Iva 00858950967

COMUNE DI VIMODRONE

Città metropolitana di Milano

della concorrenza e del mercato, se ritiene che l'atto è in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni).

A fronte di tutto quanto sopra, e in disparte tutte le altre perplessità che si indicheranno sotto, è evidente che non ci sono proprio i tempi ragionevoli affinché tutto l'iter sopra rappresentato possa essere utilmente effettuato prima del 17/12/2020, giorno di convocazione dell'assemblea. E' qui è doverosa questa considerazione: è inutile che al Comune di Vimodrone arrivi la convocazione dell'assemblea il 20 novembre 2020 (comunque già tardi rispetto a tutta l'istruttoria prevista dall'articolo 5 citato) quando poi la documentazione è disponibile molto tempo dopo. Come è perfettamente inutile citare nella documentazione che questa operazione era stata già illustrata nell'assemblea del 07/05/2019, visto che proprio già in occasione di quella assemblea da voi citata il Comune di Vimodrone aveva lamentato la mancanza di documentazione, confermata anche da parte della società Cem Ambiente e aveva potuto solo limitarsi a dare gli indirizzi di rispettare tutto l'articolo 5 del D.lgs. n. 175/2016.

L'altra questione rilevante è il fatto che la società Seruso ha chiuso in perdita l'esercizio 2019, dato che dovrà essere rilevato nel piano di ricognizione che si sta predisponendo, e che sembra che nel 2020 detta perdita si sia aggravata (anche se non si hanno ancora evidenze di ciò mancando ancora alcuni giorni alla chiusura dell'esercizio 2020).

Questo dato non può non essere tenuto in debita considerazione e non può non essere analizzato adeguatamente, prima di poter assentire un eventuale aumento della partecipazione. Già di per se, decidere di aumentare una partecipazione comporta un iter motivazionale molto scrupoloso secondo i dettami dell'articolo 5 sopra citato, figuriamoci poi se la società in cui si vuole aumentare la propria partecipazione è in perdita.

E quindi occorre un approfondimento volto a verificare per esempio, se la società Seruso ha adottato uno specifico programma di valutazione del rischio di crisi aziendale, se l'organo amministrativo della società Seruso allorquando ha avuto evidenza di un indicatore di crisi aziendale, ha adottato i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi e di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause e quindi ha adottato il piano di risanamento e ristrutturazione, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte.

Tutto ciò anche alla luce dell'operazione che ci avete rappresentato nella documentazione che ci avete inviato che, a mio parere, risulta "non lineare", "irrituale" e non rispettosa della ratio delle norme attivate.

L'operazione di project financing posta in essere è stata effettuata utilizzando l'istituto previsto dall'articolo 183 comma 15 del codice degli appalti che prevede che operatori economici privati possano presentare proposte di concessioni di lavori pubblici, in modo da poter utilizzare il capitale privato di questi operatori proponenti per poter costruire/riqualificare beni pubblici, L'utilizzo corretto e razionale di questo strumento comporterebbe che la



Palazzo Comunale Via C. Battisti, 56 – C.A.P. 20090 – Vimodrone (MI)
Telefono 02250771 – Fax 022500316
Pec comune.vimodrone@pec.regione.lombardia.it
E-mail Istituzionale protocollo@comune.vimodrone.milano.it
Codice identificativo univoco fatturazione: BHK9ZK
Codice Fiscale 07430220157 – Partita Iva 00858950967

COMUNE DI VIMODRONE

Città metropolitana di Milano

Società pubblica Seruso s.p.a. proprietaria dell'impianto da riqualificare, riceve da operatori economici terzi aventi requisiti di solidità finanziaria adeguati una proposta di finanza progetto, da dichiarare di pubblico interesse, in modo tale che la riqualificazione dell'impianto avvenga utilizzando il capitale privato. Questa è la ratio dell'articolo 183 comma 15 del codice degli appalti

Nell'operazione che ci avete rappresentato invece è avvenuto che la società pubblica Seruso, in perdita, proprietaria dell'impianto da riqualificare, ha formulato, lei stessa, in qualità di proponente capogruppo di un RTI, la proposta di riqualificazione: in tal modo quindi l'operazione di partenariato pubblico e privato attivata si è trasformata e piegata in una operazione in cui non si è acquisito alcun capitale privato ma l'intera operazione è finanziata con capitale pubblico. **Quindi cui prodest l'operazione di finanza progetto attivata?**

Per poi superare l'impasse di far coincidere nello stesso soggetto la qualifica di proponente /concessionario con la qualifica di concedente, la proposta è stata formulata ai soci della società Seruso s.p.a., tra cui c'è la società Cem Ambiente s.p.a. che ha dichiarato il pubblico interesse della proposta. Nel procedimento che ha portato alla dichiarazione di Pubblico interesse vi è stata l'attestazione che la società Seruso s.p.a. ha i requisiti per proporre questa proposta. Ma è dubbioso che una società in perdita possa avere i requisiti per poter riuscire a sostenere un investimento. Ed infatti, la riprova di ciò è che, siccome la Seruso s.p.a. non ha i mezzi per sostenere l'investimento, si ricorre, **dopo** averla dichiarata di pubblico interesse, a proporre un aumento di capitale della società Seruso con l'acquisto delle azioni da parte della società Cem Ambiente s.p.a. e il conseguente aumento della partecipazione indiretta del Comune di Vimodrone.

A fronte di tutto quanto sopra, è auspicabile che:

- il punto 2 dell'ordine del giorno dell'assemblea dei soci del 17/12 sia ritirato;
- nella riunione del Comitato di controllo delle Amministrazioni titolari di partecipazioni fissata per il giorno 09 dicembre 2020, nell'ambito dell'approfondimento che verrà fatto per verificare la necessità di inserire nel piano di ricognizione che i vari Comuni soci devono approvare entro il 31/12 le misure di contenimento dei costi di funzionamento della società Cem Ambiente s.p.a. e sue partecipate, compreso il costo del personale, sia adeguatamente affrontata anche la situazione di perdita della società Seruso e siano decise le eventuali misure di razionalizzazione necessarie in modo che siano recepite congiuntamente da tutti i soci nel suddetto piano

Credo che le considerazioni svolte nella presente nota possano essere di interesse per tutti gli Enti soci e chiedo quindi che siano divulgate a questi ultimi

Cordialmente

II RESPONSABILE DEL SETTORE AFFARI LEGALI
E CONTRATTI

Dott.ssa Chiara Gregorini
Documento firmato digitalmente



COMUNE DI AGRATE BRIANZA

Provincia di Monza e Brianza

c.a.p. 20041
Via S. Paolo, 24
Tel. 03960511
Fax 0396051254

C..F. 02254070150
P.I. 00732220967

Prot. come da pec.

Spettabili
Società partecipate

Comunicazione trasmessa
ai seguenti indirizzi pec:

Cem Ambiente S.p.A. protocollo@pec.cemambiente.it
Cem Servizi s.r.l. info@cemservizisrl.it
Seruso S.p.A. amministrazione@pec.seruso.com
E tramite CEM Ambiente S.p.A. a : Ecolombardia 4 S.p.A.

OGGETTO: trasmissione delibera di approvazione ricognizione periodica delle partecipazioni pubbliche.

In riferimento all'obbligo sancito dall'ex art. 20 D.Lgs. 19.08.2016 n. 175 e s.m.i, si informa che con delibera di Consiglio comunale n. 84 del 23.12.2020 è stata approvata la ricognizione periodica delle partecipazioni di questo Ente, documento che si allega alla presente per opportuna conoscenza.

Con l'occasione, si segnala che nel testo della relazione approvata dal Consiglio Comunale quale allegato alla delibera su richiamata sono state riprese le considerazioni già esposte da CEM Ambiente S.p.A. nella nota del 19.11.2020 relativamente al costo medio di personale anche in raffronto con i dati medi rinvenibili da una valutazione comparativa effettuata rispetto ad altre società del territorio operanti nel medesimo settore di attività sulla base delle evidenze dei bilanci pubblicati sul sito istituzionale. Al riguardo, è stata presa buona nota dell'avvenuto affidamento da parte del Consiglio di Amministrazione di CEM Ambiente S.p.A. a primaria società di consulenza per dare corso, in vista della imminente definizione del Piano Industriale 2021-2025, ad un'analisi dell'assetto organizzativo aziendale finalizzata a verificarne l'adeguatezza e la coerenza, anche in relazione ai benchmark di riferimento, per conseguentemente valutarne l'eventuale revisione dell'assetto organizzativo unitamente alla definizione di possibili linee guida di miglioramento. Le risultanze del predetto affidamento potranno essere utili con riferimento ai ben noti rilievi mossi negli scorsi anni dalla Sezione di Controllo della Corte dei Conti Lombardia in ordine al costo di personale.

Si richiama in particolare la attenzione sull'andamento della società controllata Seruso S.p.A. che nel 2019 ha fatto registrare una significativa perdita di esercizio, unitamente ad un incremento significativo del costo di personale (nuove assunzioni di n.11 operai ed n. 1 quadro per un costo totale aggiuntivo annuo di € 428.135,00). Non è stato possibile ricavare evidenze, nella documentazione inviata, delle ragioni che hanno indotto la società Seruso S.p.A. a dare corso ad un aumento di personale (numero medio del personale da 63 nel 2017 a 85 nel 2019) nonostante la precaria situazione societaria ed il previsto ammodernamento dell'impianto, che di regola, dovrebbe essere accompagnato da una maggiore meccanizzazione e quindi da una riduzione del costo annuo di personale. Preoccupa, altresì, che dall'esame della documentazione pubblicata sul sito istituzionale di Seruso S.p.A. sembra molto probabile che il risultato negativo di esercizio del 2019 venga confermato pure per l'anno 2020, finendo in tal modo per esaurire pressochè integralmente le somme poste a riserva nel bilancio di esercizio 2019 pari a € 793.404,00.

Nel rinviare alla lettura della relazione allegata alla deliberazione n. 84/2020, si segnala che la nota del Comune di Vimodrone in data 3.12.2020 inviata a CEM Ambiente S.p.A. non ha avuto risposta da CEM Ambiente S.p.A. nell'importante punto in cui è stato richiesto dal predetto Comune se la Società Seruso S.p.A. abbia adottato:

- uno specifico programma di valutazione del rischio di crisi aziendale;
- i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi e di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, allorquando si è avuto evidenza di un indicatore di crisi aziendale;
- il piano di risanamento e ristrutturazione, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte.

In caso negativo, si richiedono le ragioni della mancata adozione da parte degli organi di Seruso S.p.A. delle sopra riportate misure in presenza di esercizi in perdita, dal momento che solo l'esistenza di un piano di risanamento o equivalente consente di ripianare le perdite in modo legittimo.

Le informazioni sopra richieste in ordine alle ragioni delle perdite certe riscontrate nell'esercizio 2019 (unitamente a quelle afferenti all'importante aumento delle spese di personale ed alla riduzione dei costi di manutenzione per servizi) e alle motivazioni delle perdite presunte nell'esercizio 2020 e delle eventuali determinazioni assunte dal Consiglio di Amministrazione di Seruso S.p.A. (o le ragioni della mancata assunzione delle predette misure) saranno di fondamentale importanza in vista delle decisioni che il Consiglio Comunale di questo ente dovrà assumere nelle prossime settimane in ordine alla proposta di aumento di capitale di Cem Ambiente S.p.A. ai sensi dell'art. 5 del DPR 175 del 2016 in Seruso S.p.A. con aumento della quota societaria dal 2% ad una del 23,48% in una società (Seruso S.p.A, appunto) che presenta due esercizi in perdita e con un forte aumento della spesa di personale (oltre che una sostanziosa spesa di somministrazione di lavoro quanto meno nel primo esercizio in perdita).

Sempre ai fini di cui sopra, appare necessario (anche ai fini della espressione dei pareri di regolarità tecnica e contabile e da parte dell'Organo di Revisione) avere delucidazioni:

- a) sulle ragioni per cui nella procedura di project financing posta in essere non sia stata prevista la traslazione della maggiore parte dei rischi su un operatore privato (prescelto secondo le modalità di legge), mentre essi sono rimasti unicamente in capo a Seruso S.p.A., stante anche la difficile situazione economica della stessa Società controllata;
- b) sulle motivazioni per le quali non è stato previsto l'utilizzo di capitale di operatori economici terzi, come tipicamente previsto nelle procedure di project financing;
- c) In ordine alla qualificazione di Seruso S.p.A. ad essere promotore di una operazione di project financing pur versando in stato di perdita acclarata per l'esercizio 2019 (e molto probabilmente anche per l'esercizio 2020);
- d) Circa le modalità di realizzazione della procedura di project financing da parte di Seruso s.p.A. per l'ammodernamento degli impianti (direttamente o a mezzo di terzi soggetti) e l'impatto previsto dell'ammodernamento sul costo del personale.

Restando in attesa di specifiche risposte alle puntuali richieste di informazioni di cui sopra, si porgono distinti saluti

Il Segretario Comunale

Codarri Dott. Paolo

Documento informatico firmato digitalmente ai sensi dell'art. 24 D.Lgs. 82/2005 e ss.mm.ii.



Palazzo Comunale Via C. Battisti, 56 – C.A.P. 20055 – Vimodrone (MI)
Telefono 02250771 – Fax 022500316
Pec comune.vimodrone@pec.regione.lombardia.it
E-mail Istituzionale protocollo@comune.vimodrone.milano.it
Codice identificativo univoco fatturazione: BHK9ZK
Codice Fiscale 07430220157 – Partita Iva 00858950967

COMUNE DI VIMODRONE

Città metropolitana di Milano

Vimodrone, 14 dicembre 2020

Prot. 18168 del 14/12/2020

Società Cem Ambiente s.p.a.
c.a. Direttore Generale
Ing Pelti

Sindaco del Comune di Vimodrone in
qualità di componente del Comitato di
controllo delle Amministrazioni titolari di
partecipazioni

OGGETTO: RILIEVI RELATIVI AL 2° PUNTO DELL'ORDINE DEL GIORNO DELL'ASSEMBLEA CONVOCATA PER IL GIORNO 17/12 – Riscontro alla nota della Società Cem s.p.a. pervenuta al protocollo del Comune l'11/12/2020 al prot. n. 18005

Ho analizzato le vostre osservazioni sui rilievi da noi formulati e le stesse non hanno fugato le perplessità palesate nella nostra del 03/12/2020, che quindi permangono e si richiamano tutte.

Non si comprende la ragione per cui, se un Ente è già socio di una società e voglia acquisire delle ulteriori azioni della stessa, l'articolo 5 del D.lgs. n. 175/2016 non si dovrebbe applicare.

A mio parere, a questa Vostra conclusione, non si arriva né da una interpretazione letterale dell'articolo 5 né da una interpretazione che cerchi di cogliere la ratio dell'articolo 5.

Non condivido nemmeno tutto il ragionamento secondo cui nessuno degli Enti soci della società Cem Ambiente detiene una partecipazione di controllo e che la società Seruso non sarebbe a controllo pubblico.

La definizione di partecipazione indiretta, è contenuta nella lett. g) del c. 1 dell'art. 2 del D. Lgs. 175/2016 che la definisce "la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica". A sua volta, occorre richiamare la definizione di società a controllo pubblico, riportata alla lett. m) del medesimo c. 1 dell'art. 2 del D. Lgs. 175/2016 che considera società a controllo pubblico "le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)"; la definizione pertanto si completa richiamando la lett. b) dello stesso c. 1 dell'art. 2 del D. Lgs. 175/2016, che definisce il requisito del controllo su una società come "la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Ma il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo". **Ed è qui che si colloca la società Cem Ambiente s.p.a. che è una società in**



COMUNE DI VIMODRONE

Città metropolitana di Milano

house, soggetta a controllo congiunto da parte di una pluralità di Enti soci, i quali esercitano tale controllo congiuntamente (per esempio, in base allo statuto della società Cem Ambiente, attraverso il Comitato per l'indirizzo e il controllo delle amministrazioni titolari delle partecipazioni), a prescindere dall'esistenza di un coordinamento formalizzato

Questo concetto è stato sostenuto sempre anche da voi e, tanto più, che proprio voi, avete definito la società Seruso a controllo pubblico. Questo concetto poi è insito nella stessa deliberazione della Corte dei Conti 6/2019 inviata a tutti gli Enti soci della società Cem Ambiente s.p.a. per coordinarsi tra loro

Siccome l'articolo 5 costituisce uno dei più importanti articoli del D.lgs. n. 175/2016 e la sua corretta applicazione è molto rilevante per gli Enti soci, **chiedo, per lo meno, prima di arrivare alla conclusione della sua non applicazione, di chiedere un parere in merito alla struttura di monitoraggio sulle partecipazioni della P.A. che svolge gratuitamente un supporto in tal senso.**

Relativamente alla situazione della società Seruso in perdita nonché all'operazione di finanza progetto attivata ai sensi dell'articolo 183 comma 15 del codice degli appalti, pur comprendendo le finalità ultime cui si vuole arrivare, riconfermo tutte le perplessità e le criticità indicate con la nostra precedente nota del 3/12/2020.

Il fine, condivisibile, non giustifica i mezzi utilizzati. Operiamo in uno Stato di diritto e come tale vanno utilizzati, correttamente, i mezzi che si possono utilizzare.

Nella fattispecie concreta, in cui la società Seruso s.p.a. è proprietaria dell'impianto da "revampizzare", ritengo che l'articolo 183 comma 15 sia stato utilizzato in modo improprio. La finanza progetto, come tutti i contratti di partenariato pubblico privato, costituiscono una forma di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato finalizzata alla realizzazione di opere e alla gestione di servizi, nell'ambito della quale i rischi legati all'operazione che si intende porre in essere sono suddivisi tra le parti sulla base delle relative competenze di gestione del rischio, fermo restando che - ai sensi dell'articolo 180, comma 3, del codice dei contratti pubblici - è necessario che sia trasferito in capo all'operatore economico terzo, oltre che il rischio di costruzione, anche il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda dei servizi resi per il periodo di gestione dell'opera. Nell'operazione attivata, non c'è alcun operatore economico diverso dalla Società Seruso e dai soci pubblici di quest'ultima (avendo un ruolo del tutto marginale le due società in Ati con la Seuso) cui sia stato trasferito alcun rischio e che abbia apportato alcun capitale.

A fronte di tutto quanto sopra, si conferma il contenuto della precedente nota del 03/12/2020

Cordialmente

II RESPONSABILE DEL SETTORE AFFARI LEGALI
E CONTRATTI

Dott.ssa Chiara Gregorini

Documento firmato digitalmente



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

Studio n. 229-2017/I

Procedimenti amministrativi in materia di sottoscrizione, acquisto, cessione di partecipazioni sociali da parte di pubbliche amministrazioni ed onere di controllo notarile

Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 5/10/2017

Approvato dal CNN il 26-27/10/2017

Lo studio in sintesi (abstract): *Lo studio esamina i profili operativi, rilevanti nell'ambito dell'attività del notaio, concernenti gli atti di sottoscrizione, acquisto e cessione di partecipazioni in società pubbliche. Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica ha introdotto un procedimento comune a tali diverse fattispecie consistente nell'adempimento dell'onere di motivazione analitica e dell'obbligo di trasmissione della delibera motivata alla Corte dei conti e all'autorità garante della concorrenza e del mercato. Dopo aver descritto le caratteristiche di tali procedimenti, lo studio individua le varie tipologie di atti per i quali è richiesta la sussistenza dei predetti requisiti, quali gli atti costitutivi di società, gli aumenti di capitale, le modifiche dell'oggetto sociale, le trasformazioni, i trasferimenti di sede all'estero, le revoche dello stato di liquidazione e le controverse ipotesi di fusione e scissione. Diversamente, l'alienazione di partecipazioni detenute da pubbliche amministrazioni e la costituzione di vincoli sulle stesse non sono soggette alla disciplina dell'onere di motivazione analitica e della trasmissione dell'atto deliberativo alla Corte dei conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ma devono essere effettuate nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. Si esamina, infine, il tipo di controllo che il notaio è chiamato ad effettuare in sede di ricevimento dei relativi atti.*

Sommario: 1. La sottoscrizione, l'acquisto e la cessione di partecipazioni in società pubbliche - 2. La disciplina dell'onere di motivazione analitica - 3. La trasmissione alla Corte dei conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato - 4. Gli atti soggetti all'onere della motivazione analitica - 5. L'alienazione di partecipazioni sociali - 6. Il controllo notarile.

1. La sottoscrizione, l'acquisto e la cessione di partecipazioni in società pubbliche

Il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante il Testo unico in materia di società a partecipazione



pubblica contiene un'ampia disciplina in materia di sottoscrizione e acquisto e cessione di partecipazioni sociali da parte delle pubbliche amministrazioni.

Stante la natura pubblicistica dei soggetti coinvolti in tali operazioni, per il compimento delle stesse il legislatore impone l'espletamento di procedimenti amministrativi, che implicano il rispetto di una pluralità di condizioni volte a garantire i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'attività amministrativa, la cui disciplina è rinvenibile, in via principale, nell'art. 5 d.lgs. 175/2016, che sancisce il generale onere di motivazione analitica, e nei successivi artt. 7 (costituzione di società a partecipazione pubblica), 8 (acquisto di partecipazioni in società già costituite) e 10 (alienazione di partecipazioni sociali) del decreto stesso.

Occorre, peraltro, rilevare come l'espletamento di tali procedimenti amministrativi incida sulla corretta adozione della decisione di compiere le predette operazioni societarie, la quale consiste, a sua volta, in un atto amministrativo distinto e separato rispetto al conseguente atto negoziale con cui la pubblica amministrazione sottoscrive, acquista o cede le partecipazioni sociali.

Considerato che il notaio è chiamato a svolgere la propria funzione esclusivamente in fase attuativa e, cioè, in sede di ricevimento di atto costitutivo della società o di verbalizzazione delle modifiche organizzative della stessa o, ancora, di ricevimento dell'atto di trasferimento delle partecipazioni sociali, occorre verificare se e in che misura l'espletamento del pregresso procedimento amministrativo - che per la sottoscrizione e l'acquisto di partecipazioni impone l'onere di motivazione analitica e la trasmissione della delibera motivata alla Corte dei conti e all'autorità garante della concorrenza e del mercato, mentre per l'alienazione richiede il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione - incida sulla validità ed efficacia della decisione di sottoscrivere, acquistare o cedere la partecipazione sociale, che a sua volta costituisce il requisito fondamentale per la stipula del relativo atto negoziale, nonché l'effettivo ambito delle operazioni societarie per le quali il legislatore impone il rispetto dei predetti oneri.

2. La disciplina dell'onere di motivazione analitica

Il procedimento comune alle diverse fattispecie della costituzione e dell'acquisto delle partecipazioni sociali da parte delle pubbliche amministrazioni (artt. 7 e 8 d.lgs. 175/2016) impone un onere di motivazione analitica e un obbligo di trasmissione della delibera motivata alla Corte dei conti e all'autorità garante della concorrenza e del mercato, la cui dettagliata disciplina è contenuta nell'art. 5, d.lgs. 175/2016, il quale dispone quanto segue:

«Art. 5. Oneri di motivazione analitica

1. A eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla



necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

2. L'atto deliberativo di cui al comma 1 dà atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate.

3. 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.

4. Ai fini di quanto previsto dal comma 3, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte di conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi».

La norma in esame sancisce il principio, introdotto ormai un decennio fa, per cui si richiede un riscontro da parte dell'ente della sussistenza o meno dei presupposti per detenere azioni o quote che deve constare da delibera motivata. Lo si evince chiaramente dal disposto dei commi 27 e 28 dell'art. 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, che da un lato statuisce che, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'art. 1 della legge 165/2001 (in sostanza, quasi tutti gli enti pubblici) non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società; e, dall'altro lato, che «è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni» pubbliche nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza, precisandosi, peraltro, «l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti» di funzionalità rispetto alle finalità istituzionali.

Il principio, più volte evocato dal legislatore allorquando è intervenuto con altre disposizioni volte a ridurre, limitare o comunque regolamentare la presenza del socio pubblico in società di capitali, si trova oggi ribadito nell'art. 5 del d.lgs. 175/2016, il quale, imponendo un'analitica motivazione dell'operazione da compiere, stabilisce che la stessa debba presentare i seguenti



requisiti: a) il riferimento alla necessità dell'operazione per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4 dello stesso d.lgs. 175/2016; b) l'indicazione delle ragioni e delle finalità che giustificano tale scelta sul piano della convenienza economica, c) l'indicazione delle ragioni e delle finalità che giustificano tale scelta sul piano della sostenibilità finanziaria; d) la valutazione della possibilità di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; e) l'indicazione della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa; f) l'attestazione della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Il primo requisito dell'onere di motivazione analitica concerne la strumentalità dell'operazione da compiere per il perseguimento delle finalità istituzionali elencate nell'art. 4 d.lgs. 175/2016 e, quindi, la sottoscrizione e l'acquisto di partecipazioni sociali da parte delle pubbliche amministrazioni è consentito esclusivamente per lo svolgimento delle seguenti attività:

- produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi (art. 4, comma 2, lett. a);

- progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (art. 4, comma 2, lett. b);

- realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2 (art. 4, comma 2, lett. c);

- autoprodotto di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento (art. 4, comma 2, lett. d);

- servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016 (art. 4, comma 2, lett. e);

- valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato, in tal caso senza che sia necessario che si tratti di attività strumentale ai fini istituzionali (art. 4, comma 3);

- la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, nonché la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane, nonché la produzione di energia da fonti rinnovabili (art. 4, comma 7);

- attività di spin off o di start up universitari previste dall'articolo 6, comma 9, della legge 30 dicembre 2010, n. 240, nonché quelle con caratteristiche analoghe degli enti di ricerca e, per le



università, attività di gestione di aziende agricole con funzioni didattiche (art. 4, comma 8).

Va, peraltro, tenuto presente che lo svolgimento delle predette attività deve avvenire entro il limite del divieto di investire in attività commerciali con intenti meramente speculativi ⁽¹⁾.

Ciò posto, dopo aver verificato che l'oggetto della società partecipata preveda lo svolgimento di attività rientranti tra quelle elencate dall'art. 4 d.lgs. 175/2016, l'organo decisionale della pubblica amministrazione è tenuto ad accertare nel merito se la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione sociale sia funzionale al perseguimento dei propri fini istituzionali, così come risultanti dal proprio statuto.

Il secondo e ulteriore requisito dell'onere di motivazione analitica richiede, poi, che l'investimento realizzato per la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione sociale sia conveniente in termini economici e che, quindi, sia volto a realizzare un risparmio di spesa ⁽²⁾.

Al criterio della convenienza economica si aggiunge, altresì, quello della sostenibilità finanziaria, la quale può essere garantita tanto dalla disponibilità, in capo alla pubblica amministrazione, delle risorse finanziarie necessarie per realizzare l'investimento, quanto dalla possibilità che la titolarità della partecipazione sociale consenta, sulla base di un piano economico e finanziario agevolmente verificabile, di coprire con i ricavi i propri costi di acquisto, senza che, a tal fine, siano necessari ulteriori esborsi da parte dei soci ⁽³⁾.

In ogni caso, il requisito della sostenibilità finanziaria sembra rendere estremamente improbabile la possibilità di sottoscrizione e acquisto di partecipazioni da parte di pubbliche amministrazioni in stato di dissesto patrimoniale.

Occorre, peraltro, tenere presente che, ai sensi dell'art. 14, comma 6, d.lgs. 175/2016, nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita.

L'ulteriore presupposto della possibile gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato sembra, invece, implicare una valutazione ampiamente discrezionale, in quanto la scelta in ordine alla destinazione delle risorse dell'ente riguarda esclusivamente le linee di indirizzo politico dello stesso ed esula, pertanto, dall'analisi della situazione economica dello stesso ⁽⁴⁾.

Quanto alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, sembra trattarsi di un criterio riassuntivo dei precedenti, considerato che si tratta dei principi generali che devono caratterizzare ogni aspetto dell'attività della pubblica amministrazione.

L'onere di motivazione analitica impone, infine, l'attestazione della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese, il che significa che la sottoscrizione, l'acquisto e la cessione di partecipazioni sociali dovranno avvenire nel rispetto non soltanto della



legislazione interna, ma anche della normativa e giurisprudenza dell'Unione Europea, in particolare con riferimento a quella in tema di divieto di aiuti alle imprese che possano alterare la concorrenza ⁽⁵⁾.

Si tratta, peraltro, di un'indicazione funzionale all'adempimento del successivo onere di trasmissione della delibera all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (su cui *infra*), cui spetta la legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

3. La trasmissione alla Corte dei conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato

L'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta, analiticamente motivato in conformità a quanto prescritto dall'art. 5, commi 1 e 2, d. lgs. 175/2016, deve essere trasmesso, ai sensi del comma 3 della predetta norma, 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.

Il primo di tali adempimenti assolve una funzione meramente informativa, in quanto il legislatore prevede espressamente che la trasmissione dell'atto alla Corte dei conti viene effettuata "a fini conoscitivi".

Per gli atti delle amministrazioni dello Stato sono competenti a ricevere la comunicazione le Sezioni Riunite; per le regioni e gli enti locali, nonché per i loro enti strumentali, le università o le altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, l'atto deve essere trasmesso alla Sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte di conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è, invece, competente a ricevere la predetta comunicazione la Sezione del controllo sugli enti medesimi.

Quanto, invece, alla trasmissione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si tratta di un adempimento finalizzato all'esercizio dei poteri di cui all'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, il quale dispone che l'Autorità è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

In particolare, l'Autorità, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni.

Si tratta di un controllo finalizzato «all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione



della spesa pubblica» (in tal senso, espressamente il comma 2 dell'art. 1 d.lgs. 175/2016) ⁽⁶⁾.

La comunicazione prevista dal comma 3 dell'art. 5 d.lgs. 175/2016, per la cui inosservanza il legislatore non ha previsto alcuna sanzione, svolge l'importante ruolo di far decorrere il termine di sessanta giorni entro i quali l'Autorità garante deve emettere il parere motivato qualora ritenga che l'atto implichi una violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato ⁽⁷⁾.

Pertanto, considerato che l'adozione del parere costituisce il presupposto per l'esperimento dell'azione giudiziaria contro gli atti in contrasto con le norme a tutela della concorrenza e del mercato ⁽⁸⁾, sul piano operativo, la pubblica amministrazione che abbia adottato un atto deliberativo di costituzione di società o di acquisto di partecipazioni sociali, potrebbe avere interesse ad attendere lo spirare del predetto termine per il compimento dell'atto di costituzione della società o di acquisto delle partecipazioni sociali.

Si tratterebbe, in ogni caso, di una scelta discrezionale della pubblica amministrazione interessata, in quanto non esiste un obbligo in tal senso, la quale dipende da una valutazione di opportunità volta a ridurre il rischio di un eventuale successivo accertamento della violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, cui può conseguire l'irrogazione delle sanzioni previste dalla legge ⁽⁹⁾.

Pare, peraltro, opportuno segnalare che le norme contenenti la disciplina di dettaglio in materia di costituzione di società a partecipazione pubblica (art. 7), acquisto di partecipazioni in società già costituite (art. 8) e alienazione di partecipazioni sociali (art. 10) si limitano a imporre il rispetto dell'onere di motivazione analitica di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. 175/2016, senza tuttavia rinviare anche al comma 3 della medesima disposizione che, appunto, impone l'obbligo di trasmettere la delibera motivata alla Corte dei conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Tuttavia, l'assenza di un rinvio esplicito anche al comma 3 dell'art. 5 d.lgs. 175/2016 non esclude che la delibera motivata debba essere comunque trasmessa alle predette autorità, stante il tenore letterale della disposizione in oggetto, che espressamente stabilisce che l'amministrazione deve inviare «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».

4. Gli atti soggetti all'onere della motivazione analitica

La disciplina dell'onere di motivazione analitica di cui all'art. 5 d.lgs. 175/2016, cui è connesso l'obbligo di trasmissione alla Corte dei Conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si applica alla costituzione di una società e all'acquisto di una partecipazione, anche indiretta e anche attraverso aumento di capitale, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite.

La decisione di sottoscrivere o acquistare una partecipazione sociale deve, ai sensi del



comma 1 dell'art. 7, d.lgs. 175/2016, essere adottata con: a) decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, in caso di partecipazioni statali; b) provvedimento del competente organo della regione, in caso di partecipazioni regionali; c) deliberazione del consiglio comunale, in caso di partecipazioni comunali; d) delibera dell'organo amministrativo dell'ente, in tutti gli altri casi di partecipazioni pubbliche.

Peraltro, deve trattarsi di acquisto di partecipazioni derivante da una libera iniziativa della pubblica amministrazione e non, invece, da una previsione di legge, perché in tale secondo caso, l'esistenza di un obbligo normativo rende superflua la necessità di ricorrere ai meccanismi volti a garantire il rispetto dei principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

La disciplina in esame si applica anche nel caso di acquisto di una partecipazione indiretta, che, in base alla definizione contenuta nella lett. g) dell'art. 2, è «la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica».

Si tratta, quindi, di una nozione ampia, in cui sembrano rientrare non soltanto le società controllate da pubbliche amministrazioni, ma anche altri enti partecipati da soggetti pubblici, quali ad esempio associazioni e fondazioni⁽¹⁰⁾.

L'art. 7, comma 7, d.lgs. 175/2016 estende, poi, l'onere di motivazione analitica alle modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società, alla trasformazione della società, al trasferimento della sede sociale all'estero e alla revoca dello stato di liquidazione.

Il successivo art. 8, comma 1, d.lgs. 175/2016, stabilisce che le operazioni che comportino l'acquisto di partecipazioni in società già esistenti «anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie» sono soggette alla disciplina dell'art. 7, commi 1 e 2.

Pertanto, per effetto del rinvio al comma 1 dell'art. 7, anche la decisione di acquistare partecipazioni in società già esistenti deve essere adottata con: a) decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, in caso di partecipazioni statali; b) provvedimento del competente organo della regione, in caso di partecipazioni regionali; c) deliberazione del consiglio comunale, in caso di partecipazioni comunali; d) delibera dell'organo amministrativo dell'ente, in tutti gli altri casi di partecipazioni pubbliche.

Inoltre, per effetto del rinvio al comma 2 dell'art. 7, l'onere di motivazione analitica di cui all'art. 5, comma 1, si applica anche alle operazioni che comportino l'acquisto di partecipazioni in società già esistenti «anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a



operazioni straordinarie».

Pertanto, il procedimento di cui all'art. 5 d.lgs. 175/2016 deve essere rispettato anche in caso di acquisto di partecipazioni conseguente sia a un apposito negozio di cessione, sia a un'operazione di aumento di capitale, fusione per incorporazione o scissione in favore di beneficiaria preesistente.

Apparentemente, sembrerebbero escluse le operazioni di fusione propria e di scissione in favore di beneficiaria di nuova costituzione.

Tuttavia, se si considera che, da un lato, come in precedenza esaminato, l'onere di motivazione analitica si applica non solo alla costituzione di nuove società, ma anche alla trasformazione di società preesistenti (art. 7, comma 7, lett. *b*), e che, dall'altro lato, appare oggi preferibile ritenere che tanto la fusione, quanto la scissione, nelle loro diverse forme, al pari della trasformazione abbiano la natura di modifiche organizzative di soggetti preesistenti ⁽¹¹⁾, sembra logico ritenere che l'onere di motivazione analitica debba essere rispettato anche in caso di fusione mediante costituzione di nuova società e scissione in favore di società di nuova costituzione.

Ciò posto, risultano soggetti alla disciplina di cui all'art. 5 d.lgs. 175/2016 gli atti, posti in essere da pubbliche amministrazioni, aventi ad oggetto: la costituzione della società, l'aumento di capitale, la modifica dell'oggetto sociale che consenta un cambiamento significativo dell'attività della società, il trasferimento della sede sociale all'estero, la revoca dello stato di liquidazione, la trasformazione, la fusione, la scissione, l'acquisto di partecipazioni sociali.

Si tratta, peraltro, di atti relativi a società non quotate, in quanto ai sensi del comma 5 dell'art. 1, le disposizioni del d.lgs.175/2016 si applicano alle società quotate solo se espressamente previsto. In materia di onere di motivazione analitica, l'unica previsione esplicita relativa alle quotate è contenuta nell'art. 8, comma 3, il quale stabilisce che l'acquisto di partecipazioni in società già esistenti, anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie, si applicano anche con riferimento alle partecipazioni in società quotate «unicamente nei casi in cui l'operazione comporti l'acquisto della qualità di socio».

È, quindi, soggetto all'onere in esame l'acquisto di una partecipazione, anche mediante aumento di capitale o altre operazioni straordinarie, in società quotate di cui la pubblica amministrazione non faccia parte, mentre restano esclusi dall'onere della motivazione analitica gli acquisti di partecipazioni e gli aumenti di capitale delle società quotate di cui la pubblica amministrazione risulti già socia alla data di entrata in vigore del d.lgs. 172/2016 e, quindi, alla data del 23 settembre 2016 ⁽¹²⁾.

5. L'alienazione di partecipazioni sociali

L'alienazione di partecipazioni detenute da pubbliche amministrazioni e la costituzione di vincoli sulle stesse non sono soggette alla disciplina dell'onere di motivazione analitica e della



trasmissione dell'atto deliberativo alla Corte dei conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'art. 5, d.lgs. 175/2016.

L'art. 10, comma 1, d.lgs. 175/2016 stabilisce, infatti, che «gli atti deliberativi aventi ad oggetto l'alienazione o la costituzione di vincoli su partecipazioni sociali delle amministrazioni pubbliche sono adottati secondo le modalità di cui all'articolo 7, comma 1».

A differenza, quindi, di quanto stabilito nei precedenti artt. 7 e 8 in tema di costituzione di società a partecipazione pubblica e acquisto di partecipazioni in società già costituite, l'art. 10 non contiene alcun rinvio all'art. 5 d.lgs. 175/2016, limitandosi a richiamare il solo comma 1 dell'art. 7, il quale, come in precedenza esaminato, individua le modalità di adozione della deliberazione di partecipazione di un'amministrazione pubblica alla costituzione di una società prevedendo che la relativa decisione debba essere adottata con: a) decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, in caso di partecipazioni statali; b) provvedimento del competente organo della regione, in caso di partecipazioni regionali; c) deliberazione del consiglio comunale, in caso di partecipazioni comunali; d) delibera dell'organo amministrativo dell'ente, in tutti gli altri casi di partecipazioni pubbliche.

Tuttavia, in luogo del procedimento di motivazione analitica di cui all'art. 5 d.lgs. 175/2016, l'art. 10, comma 2, si limita a prevedere che «L'alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. 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. È fatto salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto».

Il mancato rinvio al più complesso procedimento dell'onere di motivazione analitica di cui all'art. 5, d.lgs. 175/2016, può essere interpretato come espressione di maggior favore del legislatore nei confronti di atti che implicino la dismissione delle partecipazioni pubbliche⁽¹³⁾.

La dismissione della partecipazione pubblica è, quindi, soggetta ai generali principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, i quali sembrano imporre il ricorso a procedure concorrenziali per l'individuazione dell'acquirente⁽¹⁴⁾.

Tuttavia, in casi eccezionali è possibile anche alienare la partecipazione ricorrendo alla negoziazione diretta con un singolo acquirente, purché la pubblica amministrazione dia analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita.

Particolare rilievo assume, altresì, la previsione che fa salvo «il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto».

Occorre, infatti, tenere presente che, di regola, l'individuazione del socio privato di una



società a partecipazione pubblica deve avvenire mediante il ricorso alle procedure di evidenza pubblica.

Tale principio risulta, altresì, ribadito nel comma 5 dell'art. 7 d.lgs. 175/2016, il quale stabilisce che nel caso di società pubblica in cui sia prevista la partecipazione di soci privati, «la scelta di questi ultimi avviene con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016», e nel comma 1 dell'art. 17, specificamente dedicato alle *Società a partecipazione mista pubblico-privata*, il quale dispone che «nelle società a partecipazione mista pubblico-privata la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista».

Pertanto, una clausola statutaria che consenta l'esercizio della prelazione in violazione della regola di evidenza pubblica, posta a presidio di fondamentali esigenze di ordine pubblico economico, deve ritenersi nulla per contrasto con i principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione.

In tal senso si è espressa la giurisprudenza amministrativa ⁽¹⁵⁾, che ha affermato la nullità delle clausole statutarie di prelazione per violazione della regola per cui la scelta del socio privato deve avvenire con procedure di evidenza pubblica (sancita sia dal citato comma 568-*bis* della legge 147/2013, ma anche dal Codice dei contratti pubblici ed oggi dall'art. 5 comma 9 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), la quale risponde a un principio di ordine pubblico economico di matrice "eurounitaria" e che si pone a presidio del rispetto dei generali principi di concorrenza, parità di trattamento e di non discriminazione fra i potenziali concorrenti. Essa è, peraltro, una regola destinata a valere non solo nella fase della costituzione della società mista, ma anche quando, *durante societate*, si procede alla alienazione delle partecipazioni sociali detenute da un'amministrazione pubblica.

Ciò posto, si è ipotizzato che l'art. 10, comma 2, d.lgs. 175/2016 faccia salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto nelle sole ipotesi in cui è consentito alla pubblica amministrazione di procedere alla negoziazione diretta con un singolo acquirente e, quindi, laddove ricorra la convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita ⁽¹⁶⁾.

Relativamente, infine, alla necessità di ricorrere al procedimento prescritto dall'art. 10 d.lgs. 175/2016, il riferimento all'alienazione e alla costituzione di vincoli su partecipazioni sociali delle amministrazioni pubbliche fa sì che la norma si applichi non soltanto alla cessione, a qualunque titolo, della partecipazione sociale, ma anche, ad esempio, agli atti costitutivi di diritti reali minori, quali pegno o usufrutto ⁽¹⁷⁾.



6. Il controllo notarile

Circa il controllo che il notaio è chiamato a espletare in sede di ricevimento di un atto costitutivo, modificativo o di cessione di partecipazioni di tali società, occorre muovere dalla distinzione tra la delibera con cui l'ente pubblico assume la decisione di sottoscrivere o trasferire la partecipazione e il negozio con cui la sottoscrizione o il trasferimento vengono posti in essere.

Il primo è un vero e proprio atto amministrativo che consiste in un decreto emanante dall'organo di vertice dell'amministrazione interessata (Stato, Regioni, Comuni o altri enti pubblici) e che si connota come un tipico atto di organizzazione di natura discrezionale, sottoposto al controllo della Corte dei conti e alla giurisdizione amministrativa⁽¹⁸⁾.

A tale delibera deve, poi, seguire necessariamente l'atto con cui formalmente viene costituita la società, il quale assume la natura di atto negoziale di natura privatistica, soggetto, quindi, alla disciplina ordinaria delle società private e soggetto alla cognizione del giudice ordinario.

Ciò posto, nonostante la formale distinzione tra atto deliberativo e negozio di sottoscrizione e cessione delle partecipazioni sociali, si verifica inevitabilmente una commistione di profili eterogenei, pubblicistici e privatistici, nel momento in cui il notaio, chiamato a ricevere l'atto costitutivo della società o a verbalizzare la delibera di aumento di capitale o, ancora, a ricevere il trasferimento delle partecipazioni sociali, deve verificare la legittimazione delle parti e, in particolare, il rispetto delle prescrizioni imposte dal d.lgs. 175/2016 per il compimento degli atti della pubblica amministrazione.

Il dato normativo da cui occorre prendere le mosse è rappresentato dalle disposizioni che sanzionano i vizi dell'atto deliberativo e, in particolare, dalle seguenti norme:

- l'art. 7, comma 6, d.lgs. 175/2016, secondo cui «nel caso in cui una società a partecipazione pubblica sia costituita senza l'atto deliberativo di una o più amministrazioni pubbliche partecipanti, o l'atto deliberativo di partecipazione di una o più amministrazioni sia dichiarato nullo o annullato, le partecipazioni sono liquidate secondo quanto disposto dall'articolo 24, comma 5. Se la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo riguarda una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 2332 del codice civile»;

- l'art. 8, comma 2, d.lgs. 175/2016, in base al quale «l'eventuale mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'acquisto della partecipazione rende inefficace il contratto di acquisto della partecipazione medesima»;

- l'art. 10, comma 3, d.lgs. 175/2016, per cui «la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'alienazione della partecipazione rende inefficace l'atto di alienazione della partecipazione».

Nell'ipotesi di costituzione della società, l'assenza o l'invalidità dell'atto deliberativo



producono conseguenze differenti a seconda che la partecipazione sociale della pubblica amministrazione sia essenziale o meno per il perseguimento dell'oggetto sociale. Nella prima ipotesi, infatti, le conseguenze sono quelle dettate dall'art. 2332 c.c. per l'ipotesi di società nulla e, quindi, la nullità della società non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della stessa dopo l'iscrizione nel registro delle imprese, i soci non sono liberati dall'obbligo di conferimento fino a quando non sono soddisfatti i creditori sociali, la nullità non può essere dichiarata quando la causa di essa è stata eliminata e di tale eliminazione è stata data pubblicità con iscrizione nel registro delle imprese.

Laddove, invece, la partecipazione della pubblica amministrazione non sia essenziale al perseguimento dell'oggetto sociale, scatta l'obbligo per la società di liquidare la partecipazione del socio pubblico.

La norma, peraltro, non prende in considerazione l'ipotesi degli atti diversi dalla costituzione della società ma che, ai sensi del comma 7 dello stesso art. 7, sono soggetti all'onere di motivazione analitica di cui all'art. 5 e, quindi, gli atti di modifica significativa dell'oggetto sociale, trasformazione, trasferimento della sede all'estero e revoca dello stato di liquidazione.

Probabilmente, il mancato rinvio, per tali atti, al regime sanzionatorio di cui al comma 6 dell'art. 7 d.lgs. 175/2016 potrebbe essere interpretato come assoggettamento al regime dei vizi derivanti da violazione di norme di legge previsto dall'ordinaria disciplina societaria⁽¹⁹⁾.

Diversamente, nell'ipotesi di cessione di partecipazioni, l'eventuale mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto il trasferimento della partecipazione rende inefficace l'atto di cessione.

Se, quindi, la nullità dell'atto si profila soltanto in un caso, e cioè quello della mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto la costituzione di una nuova società e riguardante una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale, nelle altre ipotesi, l'assenza o l'invalidità dell'atto deliberativo non incidono sulla validità del successivo atto negoziale.

Tuttavia, nell'ipotesi di trasferimento della partecipazione sociale, la mancanza o l'invalidità dell'atto deliberativo rendono inefficace il trasferimento della partecipazione e sembrano, pertanto, tradursi in un difetto di legittimazione in capo alla pubblica amministrazione, con conseguente rilevanza sul piano dei controlli ex art. 54 reg. not.

Premessa tale eterogeneità del regime sanzionatorio previsto per i vizi dell'atto deliberativo, il notaio che procede alla stipula dell'atto costitutivo o dell'atto di trasferimento delle partecipazioni è comunque obbligato a riscontrare la sussistenza della suddetta delibera e la sua conformità agli obblighi di legge.

Si tratta, cioè, di verificare che la delibera sia adottata dai soggetti competenti, individuati dall'art. 7, comma 1, d.lgs. 175/2016 e che – in caso di costituzione o acquisto di partecipazioni – contenga la motivazione analitica prescritta dall'art. 5, commi 1 e 2, d.lgs. 175/2016 o – in caso di



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

cessione di partecipazioni tramite negoziazione diretta – che indichi la convenienza economica dell'operazione.

Tale controllo potrebbe, peraltro, spingersi a una verifica della coerenza logica delle attestazioni eseguite dalla pubblica amministrazione, ma non anche a una valutazione nel merito della sussistenza dei presupposti di necessità della partecipazione sociale per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente.

Da questo punto di vista, rimane valido quanto affermato con riferimento alla disciplina introdotta dai commi 27 e 28 dell'art. 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, laddove, cercando di individuare il regime sanzionatorio ricollegabile alle previsioni in esame, si riscontrava una responsabilità di tipo erariale nei confronti dell'organo gestionale che avesse deciso l'assunzione della partecipazione e se ne desumeva, per il notaio che avesse proceduto alla stipula dell'atto costitutivo (o dell'atto di trasferimento delle partecipazioni), l'obbligo soltanto di verificare la sussistenza della suddetta autorizzazione e che la stessa apparisse motivata sul piano della consequenzialità logica, non potendo lo stesso sindacare sul merito della valutazione ivi espressa in ordine alla necessità rispetto ai fini istituzionali⁽²⁰⁾.

In sostanza, ancorché oggi alla responsabilità erariale degli organi decisionali si possono aggiungere, a seconda dei casi, la nullità ex art. 2332 c.c. o l'inefficacia della cessione di partecipazioni sociali, sembra doversi escludere una responsabilità ex art. 28 l.n., laddove i competenti organi abbiano deciso e analiticamente motivato la partecipazione⁽²¹⁾.

Sul piano documentale, non è dato riscontrare un obbligo di allegazione della delibera motivata, la quale, peraltro, trattandosi di formale atto amministrativo, è comunque soggetta alle regole di protocollazione e conservazione imposte dalla legge per gli atti della pubblica amministrazione.

Non sembrano, infine, incidere sulla ricevibilità degli atti la mancata comunicazione alla Corte dei conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la cui inosservanza, però, può ingenerare forti profili di responsabilità erariale in capo agli organi direttivi della pubblica amministrazione.

Sembra, invece, incidere sulla legittimazione a partecipare all'atto costitutivo della società o di acquisto di partecipazioni sociali il disposto del comma 6 dell'art. 14 d.lgs. 175/2016 che, come in precedenza rilevato, esclude che nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti possano costituire nuove società, acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita.

Daniela Boggiali e Marco Silva



- 1) In tal senso, Cons. Stato, Commissione speciale, parere n. 968 del 21 aprile 2016; Corte dei Conti Lombardia delibera 48/2008/PAR, secondo cui «le iniziative economiche di tipo pubblicistico non devono impingere con la libera esplicazione del mercato concorrenziale rimesso all’iniziativa economica privata e (...) devono essere circoscritte ad effettive necessità istituzionali degli enti territoriali, strettamente connesse con la caratterizzazione degli enti locali quali enti a fini generali, ma ad ambito territoriale circoscritto alla comunità degli amministrati».
- 2) Secondo PATRONI GRIFFI, *La motivazione degli investimenti nel capitale di società di capitali dopo il tu sulle società partecipate pubbliche*, in www.dirittodeiservizipubblici.it del 27 ottobre 2016, la convenienza dell’investimento deve essere valutata non soltanto sotto il profilo economico, ma anche sotto quello qualitativo, e, quindi, la partecipazione deve ritenersi indispensabile all’ente ove, per suo tramite, esso possa svolgere una pubblica funzione in modo più efficiente.
- 3) In tal senso si esprimono le “Linee guida” redatte da Invitalia, *Piano operativo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie. Linea guida*. (Marzo 2015) in <http://www.spl.invitalia.it>. Secondo ZAFFINA, *Controlli sugli atti di costituzione delle società partecipate delle amministrazioni pubbliche: profili di incostituzionalità e di incoerenza con il sistema dei controlli intestati alla Corte dei Conti*, in giuristidiamministrazione.com, si tratta di un’analisi economica che deve basarsi sui dati di mercato relativi ai costi e ai ricavi della società partecipata.
- 4) PATRONI GRIFFI, *La motivazione degli investimenti nel capitale di società di capitali dopo il tu sulle società partecipate pubbliche*, cit., rileva come, attraverso l’imposizione di tale requisito, si vuole che «l’ente motivi, assumendosene politicamente la responsabilità, le ragioni per cui ha inteso investire in una società di capitali anziché impiegare le medesime risorse nell’ambito di altre funzioni istituzionali». Analogamente, ZAFFINA, *Controlli sugli atti di costituzione delle società partecipate delle amministrazioni pubbliche: profili di incostituzionalità e di incoerenza con il sistema dei controlli intestati alla Corte dei Conti*, cit., ritiene che si tratti di un giudizio di carattere politico «in quanto avente ad oggetto le scelte politiche ed alternative nell’utilizzo delle risorse pubbliche».
- 5) Nel parere del Consiglio di Stato 00968/2016, reso sullo schema del TU, si rileva come le regole antitrust vietino agli Stati membri di concedere aiuti o risorse, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese, falsino o minaccino di falsare la concorrenza (artt. 101 e 107 TFUE). Ciò implica, altresì, che l’ente dovrà prestare attenzione a non incorrere nel divieto di cui all’art. 107 TFUE, evitando che a seguito degli interventi sul capitale la partecipata risulti “sovracapitalizzata”, in quanto la sovracapitalizzazione di una società a partecipazione pubblica che operi in un mercato concorrenziale costituisce, secondo la Commissione, un illecito aiuto di Stato (v. 2000/199/CE: Decisione della Commissione, del 17 marzo 1999, sull’aiuto di Stato concesso dalla Grecia a favore della società Heracles General Cement).
- 6) Più in generale, l’azione può essere esperita contro ogni atto amministrativo idoneo a restringere il gioco della concorrenza ed è volta a tutelare «l’interesse differenziato alla concorrenzialità dei mercati di cui l’AGCM sarebbe “affidataria”» In tal senso, FONDERICO, sub art. 21 bis l. 10 ottobre 1990, n. 287, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2016, 3369).
- 7) Secondo la giurisprudenza amministrativa, infatti, il termine previsto dall’art. 21-bis l. 287/1990 decorre dall’effettiva conoscenza dello stesso da parte dell’Autorità garante (in tal senso, Cons. Stato 9 marzo 2015 n. 1171; Tar Lazio 1° settembre 2014, n. 9264).
- 8) In tal senso, Cons. Stato 28 gennaio 2016, n. 323, in *Foro it.* 2016, 4, III, 200; Cons. Stato 30 aprile 2014, n. 2246.
- 9) Così PATRONI GRIFFI, *La motivazione degli investimenti nel capitale di società di capitali dopo il tu sulle società partecipate pubbliche*, cit., secondo cui «L’invio dell’atto deliberativo all’Autorità, sul piano della prassi, permetterà pertanto alla pubblica amministrazione un vaglio preliminare della legittimità dell’investimento. E sotto questo profilo ridurrà il rischio di investimenti tardivamente accertati come illegittimi (e dei conseguenti profili erariali)».
- 10) In tal senso, PATRONI GRIFFI, *La motivazione degli investimenti nel capitale di società di capitali dopo il tu sulle società partecipate pubbliche*, cit.



- 11) In giurisprudenza, Cassazione a Sezioni Unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Riv. not.*, 2006, 1135 ss. con nota di SCALABRINI e TRIMARCHI, *Le Sezioni Unite sulla natura giuridica della funzione: un punto d'arrivo nel dibattito tra teoria e pratica?*; in *Giust. civ.*, 2007, 2501 ss., con commento di D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*; in *Corr. giur.*, 2006, 795, con nota di MELONCELLI, *Fusione di società e interruzione del processo civile*; in *Foro it.*, 2006, I, 1739, con commenti di RORDORF, di PAOLA e di DALFINO; in *Società*, 2006, 459, con nota di DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni Unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*; in *Giur. comm.*, 2007, II, 787, con nota di MILANESI, *Fusione societaria e processo: l'intervento delle Sezioni Unite*; in *Dir. fall.*, 2007, II, 401, con nota di GAETA, *La fusione per incorporazione non è vicenda interruttiva del processo*; in *Vita not.*, 2006, 1, 125 con nota di MACRÌ PELLIZZERI, *Sulla natura della fusione per incorporazione e sugli effetti della stessa sui processi pendenti*; in *Riv. dir. proc.*, 2007, 177, con note di RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, e di CONSOLO, *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed «estinzione» societaria (a proposito di gradazioni sull'immortalità. V. anche Trib. Roma, sez. III, 7 settembre 2009 n. 17901; Cass. 3 maggio 2010, n. 10653; Cass. SS.UU., sent. 14 settembre 2010, n. 19509, la quale limita la riconduzione dell'istituto della fusione ad una vicenda evolutivo-modificativa solo a quelle successive all'entrata in vigore della riforma del diritto societario e cui aderisce Cass. 5 febbraio 2015, n. 2063; Trib. Milano, 20 gennaio 2015.*
- 12) Sul punto, PATRONI GRIFFI, *La motivazione degli investimenti nel capitale di società di capitali dopo il tu sulle società partecipate pubbliche*, cit.
- 13) In tal senso, DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 380.
- 14) Così DI NUNZIO – DE CARLO, *Il decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica*, in MESCHINO-LALLI, *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, Roma, 2016, 78; TULLIO, *Art. 10. Alienazione di partecipazioni sociali, in Il testo unico sulle società pubbliche*, Comm. Meo – Nuzzo, Bari, 2016, 141.
- 15) Cons. Stato, sez. V., sentenza 28 settembre 2016, n. 4140; T.A.R. Marche, sez. I, sentenza 2 aprile 2016, n. 214, in *CNN Notizie* del 6 ottobre 2016, con nota di RUOTOLO-BOGGIALI, *Società a partecipazione mista pubblico-privata e nullità della clausola di prelazione in favore del socio privato*.
- 16) LA MARCA, È nulla la clausola di prelazione a favore di soci privati contenuta nello statuto di una società mista, in www.iureproprio.org.
- 17) Esprime dubbi sulla possibilità di estendere l'art. 10 all'assunzione di limiti al trasferimento delle partecipazioni, come ad esempio i patti parasociali aventi ad oggetto sindacati di blocco, DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 382.
- 18) MORETTI, *Costituzione, acquisto, dismissioni e mantenimento delle partecipazioni*, *Aziendaitalia*, 2016, 869.
- 19) In tal senso, DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 367, secondo cui, ad esempio, la delibera di aumento di capitale assunta in assenza dell'atto deliberativo analiticamente motivato sarebbe annullabile ex art. 2377 c.c.
- 20) In tal senso, Quesito n. 12-2008/I, *Partecipazione di un ente pubblico in s.r.l. e limitazioni contenute nella legge Finanziaria 2008*, est. RUOTOLO, in *CNN Notizie* del 21 febbraio 2008, nonché RUOTOLO - PUGLIELLI, *Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazioni pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.)*, in *Studi e materiali*, 2009, 201 ss.
- 21) Si tratta, peraltro, di una soluzione analoga a quella adottata in ipotesi analoghe in cui il notaio è tenuto a verificare l'esistenza di documenti senza, tuttavia, poterne sindacare il merito. È il caso, ad esempio, della perizia di stima richiesta per i conferimenti in natura, laddove si ritiene che il controllo notarile riguardi: la provenienza da soggetto legittimato ad eseguirla, l'esistenza dei contenuti prescritti dalla legge e la formale coerenza degli stessi (si esclude, invece, che il notaio sia tenuto ad effettuare un controllo sulla congruità della valutazione tecnica effettuata dall'esperto e quindi sull'adeguatezza, chiarezza e non contraddittorietà della relativa motivazione, verifica di merito che implicherebbe conoscenze tecnico-professionali di cui di regola il notaio è privo. Sul punto, MIOLA, *I conferimenti in natura*, in *Tratt. Colombo-Portale*, Torino, 2004, 425 e la giurisprudenza ivi citata in nota 259; Nota del Consiglio Nazionale del Notariato del giorno 11 ottobre 2006, n. 131-2006/I, estensori PAOLINI - RUOTOLO).



Comune di Bernareggio

Provincia di Monza e della Brianza

Il presente documento è sottoscritto con firma digitale ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. 82/2005

Pec come da prot.

Spettabili
Società partecipa

Comunicazione trasmessa
ai seguenti indirizzi pec:

Cem Ambiente S.p.A. protocollo@pec.cemambiente.it
Cem Servizi s.r.l. info@cemservizisrl.it
Seruso S.p.A. amministrazione@pec.seruso.com
E' tramite CEM Ambiente S.p.A. a : Ecolombardia 4 S.p.A.

OGGETTO: trasmissione delibera di approvazione ricognizione periodica delle partecipazioni pubbliche.

In riferimento all'obbligo sancito dall'ex art. 20 D.Lgs. 19.08.2016 n. 175 e s.m.i, si informa che con delibera di Consiglio comunale n. 61 del 22.12.2020 è stata approvata la ricognizione periodica delle partecipazioni di questo Ente, documento che si allega alla presente per opportuna conoscenza.

Con l'occasione, si segnala che nel testo della relazione approvata dal Consiglio Comunale quale allegato alla delibera su richiamata sono state riprese le considerazioni già espresse da CEM Ambiente S.p.A. nella nota del 19.11.2020 relativamente al costo medio di personale anche in raffronto con i dati medi rinvenibili da una valutazione comparativa effettuata rispetto ad altre società del territorio operanti nel medesimo settore di attività sulla base delle evidenze dei bilanci pubblicati sul sito istituzionale. Al riguardo, è stata presa buona nota dell'avvenuto affidamento da parte del Consiglio di Amministrazione di CEM Ambiente S.p.A. a primaria società di consulenza per dare corso, in vista della imminente definizione del Piano Industriale 2021-2025, ad un'analisi dell'assetto organizzativo aziendale finalizzata a verificarne l'adeguatezza e la coerenza, anche in relazione ai benchmark di riferimento, per conseguentemente valutarne l'eventuale revisione dell'assetto organizzativo unitamente alla definizione di possibili linee guida di miglioramento. Le risultanze del predetto affidamento potranno essere utili con riferimento ai ben noti rilievi mossi negli scorsi anni dalla Sezione di Controllo della Corte dei Conti Lombardia in ordine al costo di personale.

Si richiama in particolare la attenzione sull'andamento della società controllata Seruso S.p.A. che nel 2019 ha fatto registrare una significativa perdita di esercizio, unitamente ad un incremento significativo del costo di personale (nuove assunzioni di n.11 operai ed n. 1 quadro per un costo totale aggiuntivo annuo di € 428.135,00). Non è stato possibile ricavare evidenze, nella documentazione inviata, delle ragioni che hanno indotto la società Seruso S.p.A. a dare corso ad un aumento di personale (numero medio del personale da 63 nel 2017 a 85 nel 2019) nonostante la precaria situazione societaria ed il previsto ammodernamento dell'impianto, che di regola, dovrebbe essere accompagnato da una maggiore meccanizzazione e quindi da una

U
COMUNE DI BERNAREGGIO
Ufficio Protocollo
COPIA CONFORME ALL'ORIGINALE DIGITALE
Protocollo N.0000087/2021 del 04/01/2021
Firmatario: Paolo Codarri
Documento Principale

riduzione del costo annuo di personale. Preoccupa, altresì, che dall'esame della documentazione pubblicata sul sito istituzionale di Seruso S.p.A. sembra molto probabile che il risultato negativo di esercizio del 2019 venga confermato pure per l'anno 2020, finendo in tal modo per esaurire pressochè integralmente le somme poste a riserva nel bilancio di esercizio 2019 pari a € 793.404,00.

Nel rinviare alla lettura della relazione allegata alla deliberazione n. 84/2020, si segnala che la nota del Comune di Vimodrone in data 3.12.2020 inviata a CEM Ambiente S.p.A. non ha avuto risposta da CEM Ambiente S.p.A. nell'importante punto in cui è stato richiesto dal predetto Comune se la Società Seruso S.p.A abbia adottato:

- uno specifico programma di valutazione del rischio di crisi aziendale;
- i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi e di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, allorquando si è avuto evidenza di un indicatore di crisi aziendale;
- il piano di risanamento e ristrutturazione, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte.

In caso negativo, si richiedono le ragioni della mancata adozione da parte degli organi di Seruso S.p.A. delle sopra riportate misure in presenza di esercizi in perdita, dal momento che solo l'esistenza di un piano di risanamento o equivalente consente di ripianare le perdite in modo legittimo.

Le informazioni sopra richieste in ordine alle ragioni delle perdite certe riscontrate nell'esercizio 2019 (unitamente a quelle afferenti all' importante aumento delle spese di personale ed alla riduzione dei costi di manutenzione per servizi) e alle motivazioni delle perdite presunte nell'esercizio 2020 e delle eventuali determinazioni assunte dal Consiglio di Amministrazione di Seruso S.p.A. (o le ragioni della mancata assunzione delle predette misure) saranno di fondamentale importanza in vista delle decisioni che il Consiglio Comunale di questo ente dovrà assumere nelle prossime settimane in ordine alla proposta di aumento di capitale di Cem Ambiente S.p.A. ai sensi dell'art. 5 del DPR 175 del 2016 in Seruso S.p.A. con aumento della quota societaria dal 2% ad una del 23,48% in una società (Seruso S.p.A, appunto) che presenta due esercizi in perdita e con un forte aumento della spesa di personale (oltre che una sostanziosa spesa di somministrazione di lavoro quanto meno nel primo esercizio in perdita).

Sempre ai fini di cui sopra, appare necessario (anche ai fini della espressione dei pareri di regolarità tecnica e contabile e da parte dell'Organo di Revisione) avere delucidazioni:

- a) sulle ragioni per cui nella procedura di project financing posta in essere non sia stata prevista la traslazione della maggiore parte dei rischi su un operatore privato (prescelto secondo le modalità di legge), mentre essi sono rimasti unicamente in capo a Seruso S.p.A., stante anche la difficile situazione economica della stessa Società controllata;
- b) sulle motivazioni per le quali non è stato previsto l'utilizzo di capitale di operatori economici terzi, come tipicamente previsto nelle procedure di project financing;
- c) In ordine alla qualificazione di Seruso S.p.A. ad essere promotore di una operazione di project financing pur versando in stato di perdita acclarata per l' esercizio 2019 (e molto probabilmente anche per l'esercizio 2020);
- d) Circa le modalità di realizzazione della procedura di project financing da parte di Seruso s.p.A. per l'ammodernamento degli impianti (direttamente o a mezzo di terzi soggetti) e l'impatto previsto dell'ammodernamento sul costo del personale.

Restando in attesa di specifiche risposte alle puntuali richieste di informazioni di cui sopra, si porgono distinti saluti

Il Segretario Comunale

Codarri Dott. Paolo

Firmato digitalmente da
Paolo Codarri
 CN = Codarri Paolo
 C = IT

U
COMUNE DI BERNAREGGIO Ufficio Protocollo
COPIA CONFORME ALL'ORIGINALE DIGITALE
Protocollo N.0000087/2021 del 04/01/2021 Firmatario: Paolo Codarri Documenti Principali