



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA TOSCANA

composta dai magistrati:

Maria Annunziata Rucireta	Presidente
Nicola Bontempo	Consigliere
Francesco Belsanti	Consigliere
Paolo Bertozzi	Consigliere
Patrizia Impresa	Consigliere
Fabio Alpini	I Referendario
Rosaria Di Blasi	Referendario
Anna Peta	Referendario (relatore)
Matteo Lariccia	Referendario

Nell'adunanza del 30 marzo 2023;

Visto l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

Visto il T.U. delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20, e successive modificazioni;

Visto il decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 e successive modificazioni ed integrazioni;

Visto il Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, approvato con la deliberazione delle Sezioni Riunite della Corte dei conti del 16 giugno 2000 n. 14/2000 e successive modificazioni;

Visto il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*", e in particolare, l'art. 5, come modificato dall'art. 11, comma 1, della legge 5 agosto 2022, n. 118;

Vista l'ordinanza n. 33/2022 del Presidente della Sezione regionale di controllo per la Toscana di ripartizione tra i magistrati delle funzioni di controllo;

Viste le richieste istruttorie (*prot. n. 925/2023 e prot. n. 1577/2023*) e le note di risposta del Comune di Montevarchi (*prot. n. SEZ_CON_TOS -0000943 e prot. n. SEZ_CON_TOS -0001775*);

Vista l'ordinanza n. 11/2023 con la quale il Presidente della Sezione regionale di controllo per la Toscana ha convocato la Sezione per la data odierna;

Udito il Relatore, dott.ssa Anna Peta;

PREMESSO IN FATTO

1. In data 2/2/2023 (*prot. n. SEZ_CON_TOS-SC_TOS-0000876*), il Comune di Montevarchi trasmetteva a questa Sezione, ex art. 5, comma 3, del T.U.S.P., la deliberazione del Consiglio comunale del 26/01/2023, n. 5 avente ad oggetto *"Costituzione della nuova società consortile a responsabilità limitata denominata "COMUNITÀ ENERGETICA DI MONTEVARCHI - VALDARNO SCARL"*, unitamente alla bozza di Statuto e dell'Atto costitutivo, allegati quale parte integrante della delibera.

Più in dettaglio, l'Ente ha deliberato: *"... 1) DI COSTITUIRE, nel Comune di Montevarchi, la nuova società consortile a responsabilità limitata denominata "COMUNITÀ ENERGETICA DI MONTEVARCHI - VALDARNO Scarl", ai sensi dell'articolo 2615-ter e dell'articolo 2462 c.c., per le finalità di cui all'art. 31 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199 ed in particolare per raggiungere l'obiettivo principale di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità e non quello di realizzare profitti finanziari; 2) DI APPROVARE lo Statuto e l'Atto costitutivo della "COMUNITÀ ENERGETICA DI MONTEVARCHI - VALDARNO Scarl (omissis). 3) di PRENDERE ATTO che soci fondatori della società consortile a responsabilità limitata denominata "COMUNITÀ ENERGETICA DI MONTEVARCHI - VALDARNO Scarl" risultano essere l'Amministrazione comunale di Montevarchi e la Società Concessionaria - come risultante dall'aggiudicazione definitiva efficace della procedura di gara di evidenza pubblica - che sottoscriveranno l'atto costitutivo ed avranno la proprietà dell'impianto di produzione di energia rinnovabile messo nella disponibilità della Comunità Energetica. 4) DI DEMANDARE al Sindaco del Comune di Montevarchi, quale socio fondatore la sottoscrizione dell'Atto costitutivo della Società consortile "COMUNITÀ ENERGETICA DI MONTEVARCHI - VALDARNO Scarl. 5) DI PRENDERE ATTO che il capitale sociale della Società consortile "COMUNITÀ ENERGETICA DI MONTEVARCHI - VALDARNO Scarl è di euro 10.000 (diecimila) integralmente versato all'atto della costituzione dai Soci Fondatori (omissis)" (così, deliberazione del Consiglio comunale n. 5/2023).*

2. Tanto premesso, nell'intento di acquisire ogni elemento utile alla completezza del quadro istruttorio, il Magistrato istruttore ravvisava la necessità di richiedere alcuni chiarimenti relativi alla documentazione economico-finanziaria (ad esempio, studio di fattibilità dell'operazione, *business plan* o atti simili) eventualmente redatta a supporto delle determinazioni assunte nella deliberazione n. 5/2023, con particolare riferimento alle voci di costi, ricavi, investimenti e flussi di

cassa (nota *prot. n. SEZ_CON_TOS-000925/2023*).

2.1. Con successiva nota (*prot. n. SEZ_CON_TOS-001577/2023*), veniva richiesto, in via preliminare, di confermare che l'operazione di costituzione non fosse ancora stata perfezionata, in considerazione della circostanza che, in data 2 marzo 2023, sulla *home page* del portale istituzionale del Comune veniva comunicata l'avvenuta "attivazione" del sito internet "CER - Comunità Energetica Rinnovabile Valdarno", con informazioni sulla Comunità Energetica. Inoltre, venivano formulati specifici quesiti istruttori in ordine: i) all'avvenuta sottoposizione o meno dello schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo le modalità disciplinate dall'Ente ai sensi dell'art. 5, comma 2, T.U.S.P.; ii) alla motivazione analitica sulla finalità da assolvere con la deliberazione di costituzione della società, avuto riguardo anche all'attività svolta dalla CER, e alla stretta necessità dello strumento societario per il perseguimento dei fini istituzionali dell'Ente ex art. 4 T.U.S.P; iii) alla potenziale sovrapposizione delle attività svolte da Energy Montevarchi s.r.l. e dalla CER Montevarchi Valdarno scarl in esecuzione dei rispettivi oggetti sociali, emersa a seguito dell'esame dei rispettivi Statuti.

In entrambe le richieste istruttorie veniva precisato che i chiarimenti dovevano trovare fondamento in atti istruttori o comunque in documenti redatti in data antecedente o contestuale alla deliberazione consiliare n. 5/2023.

3. Il Comune di Montevarchi forniva tempestivo riscontro alle due richieste istruttorie (note *prot. n. SEZ_CON_TOS -0000943/2023* e *prot. n. SEZ_CON_TOS -0001775/2023*). In primo luogo, l'Ente precisava che: *"il Comune di Montevarchi nell'ambito della procedura di partenariato pubblico privato, approvata con deliberazione della Giunta comunale n. 170 del 29.06.2022 e successivamente integrata con deliberazione del Consiglio comunale n. 59 DEL 12/07/2022, ha inteso avviare la procedura, ad evidenza pubblica per la realizzazione di impianti di produzione da fonti energetiche rinnovabili e di una comunità energetica rinnovabile nel medesimo Comune, svolgendo preliminarmente, l'analisi dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP, al fine di verificare la possibilità di trasferimento all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o del rischio di domanda dei servizi resi nonché, per i contratti di concessione, del rischio operativo. Per l'occasione è stato predisposto il Piano economico finanziario asseverato, la relazione al PEF, la Relazione illustrativa al PSC a fondamento delle determinazioni assunte con la deliberazione consiliare n. 5/2023 di costituzione della Comunità energetica rinnovabile in oggetto. Gli atti di che trattasi sono stati redatti dall'Amministrazione comunale nella fase istruttoria e propedeutica della medesima deliberazione consiliare n. 5/2023 (omissis). Pertanto, si comunica che non ci sono altri studi di fattibilità dell'operazione (business plan o atti simili) ulteriori rispetto a quelli oggetto gara a fondamento delle determinazioni assunte nella richiamata deliberazione consiliare n. 5/2023"* (così, nota *prot. n. SEZ_CON_TOS-0000943/2023*). Veniva altresì comunicato l'indirizzo del Sistema Telematico Acquisti Regionale della Toscana - START per

la consultazione degli atti richiamati nella nota di risposta.

3.1. Con successiva nota (*prot. n. SEZ_CON_TOS-0001775/2023*) l'Ente – dato atto della mancata costituzione della società nella pendenza dell'esercizio del controllo ex art. 5 T.U.S.P. - forniva alcune precisazioni in merito alle richieste formulate, allegando altresì specifici atti.

4. Ritenuta esaurita l'istruttoria, il Magistrato istruttore procedeva a richiedere al Presidente della Sezione il deferimento della questione alla Camera di consiglio per l'esame collegiale.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il controllo della Corte dei conti sugli atti deliberativi di costituzione di società e di acquisto di partecipazioni ex art. 5 T.U.S.P.

L'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, come recentemente modificato dall'art. 11, comma 1, *lett. a)*, della legge n. 118 del 2022 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*) prevede che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta) in una società già costituita sia trasmesso dall'amministrazione pubblica procedente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri attribuiti dall'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti, che deve deliberare, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del medesimo articolo 5, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

La nuova funzione assegnata alla Corte dei conti è stata di recente oggetto di esame da parte delle Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22) le quali ne hanno individuato la *ratio* nell'esigenza *“di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato; ciò in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili”*.

Occorre rammentare, infatti, che l'intervento pubblico in una realtà societaria rischia di alterare il meccanismo concorrenziale del mercato (Corte costituzionale sentenza n. 251/2016) e si riverbera sulla finanza pubblica, impegnando risorse derivanti dal bilancio dell'amministrazione socia. In questa prospettiva, gli interventi del legislatore in materia di società partecipate si inquadrano nel novero delle politiche di *spending review*, con il chiaro intento di assicurare una più efficiente gestione e razionalizzazione delle partecipazioni al fine di ridurre l'impatto sulla finanza pubblica (Corte costituzionale sentenza n. 194/2020). Il T.U.S.P., infatti, punta a contrastare l'aumento ingiustificato del ricorso al modulo societario, con inefficienze gestionali gravanti, in ultima analisi, sui bilanci degli enti partecipanti (Corte costituzionale sentenza n. 86/2022).

È alla luce di tale inquadramento che assumono pieno significato le disposizioni del novellato art. 5

T.U.S.P., le quali impongono un rigoroso onere di motivazione analitica dell'atto in discorso, sottoponendolo ora all'esame della Corte dei conti.

1.1. In merito alla natura della nuova funzione intestata alla magistratura contabile, le Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22) hanno ritenuto che l'espressa qualificazione della pronuncia della Corte dei conti quale "*parere*", da parte del legislatore, conferisca una fisionomia atipica al controllo su un atto specifico e concreto, di cui la norma individua anche i parametri di riferimento. La predetta qualificazione in termini di parere, invero, appare funzionale all'obiettivo del legislatore di ottenere un vaglio tempestivo, da parte della Corte dei conti, sull'operazione di costituzione o acquisto della partecipazione societaria, senza, tuttavia, attribuire effetti preclusivi al vaglio stesso.

Infatti, da un lato, il pronunciamento della Corte dei conti deve intervenire entro un arco temporale predeterminato (*i.e.*, sessanta giorni dalla ricezione dell'atto deliberativo), con facoltà, in difetto, per l'amministrazione di procedere ugualmente; dall'altro, ove il parere della Corte dei conti sia "*in tutto o in parte negativo*", l'amministrazione, previo onere di motivazione rafforzata ("*analitica*"), evidenziando le puntuali ragioni per le quali intenda discostarsi, può ugualmente costituire la società o acquisire la partecipazione.

Pertanto, la pronuncia esitante nel parere previsto dall'art. 5, comma 4, del T.U.S.P. postula l'espletamento di una peculiare funzione di controllo di cui il legislatore delinea i tratti essenziali, precisandone i parametri di riferimento, la procedura e gli esiti (così, Sezioni riunite in sede di controllo deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22).

1.2. Per quanto riguarda il primo profilo, il richiamo effettuato dall'art. 5, comma 3, del T.U.S.P. ai precedenti commi 1 e 2 richiede che la Corte dei conti verifichi che il provvedimento adottato dall'amministrazione contenga un'analitica motivazione in ordine: *i)* alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (come declinate dal precedente art. 4 del medesimo T.U.S.P.); *ii)* alle ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; *iii)* alla compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa; *iv)* all'assenza di contrasto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Inoltre, la magistratura contabile deve valutare, a monte, che l'atto deliberativo sia stato adottato con le modalità e i contenuti prescritti dagli artt. 7 e 8 del T.U.S.P.

1.3. In merito al secondo profilo, il legislatore si è limitato a precisare, sul piano procedurale, i termini entro i quali la Corte dei conti deve procedere all'esame dell'atto deliberativo (*i.e.*, sessanta giorni dalla ricezione dell'atto deliberativo), tempistiche e modalità di comunicazione all'amministrazione

dell'esito finale della verifica, nonché gli obblighi di pubblicazione imposti a quest'ultima; l'art. 5 nulla prevede, invece, sull'eventuale espletamento di attività istruttoria. L'assenza di una disciplina specifica in tal senso non preclude però che, nell'esercizio delle funzioni *de qua*, la Corte dei conti ravvisi la necessità di acquisire taluni chiarimenti da parte dell'amministrazione. Difatti, anche in ragione delle conseguenze, dirette e indirette, del pronunciamento della Corte, l'interlocuzione con l'amministrazione e/o la richiesta di eventuale integrazione documentale appaiono funzionali ad acquisire i pertinenti elementi valutativi, in particolare nei casi in cui gli atti trasmessi non siano sufficientemente corredati dei dati necessari all'esame di competenza. Sul punto, va peraltro sottolineato che l'art. 3, comma 8, della legge n. 20/1994 conferisce un potere generalizzato alla Corte dei conti di richiedere alle amministrazioni pubbliche ed agli organi di controllo interno qualsiasi atto o notizia che sia strumentale all'espletamento delle proprie funzioni di controllo (cfr. anche l'art. 16 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214).

In tal senso depone anche la deliberazione n. 16/SSRRCO/2022/QMIG delle Sezioni riunite in sede di controllo, ove è stato affermato che la magistratura contabile *“può richiedere elementi informativi utili a valutare la ricorrenza dei requisiti prescritti dalla legge, fissando i tempi di riscontro da parte dell'amministrazione, senza che ciò determini una sospensione del decorso del termine di sessanta [giorni]”*.

1.4. Con riguardo, infine, agli esiti della funzione di controllo *de quo*, il legislatore ha previsto, da un lato, che l'amministrazione pubblica, in caso di mancato pronunciamento entro sessanta giorni, possa procedere alla costituzione o all'acquisizione della società e, dall'altro, che, in caso di parere in tutto o in parte negativo, l'amministrazione – ove intenda comunque procedere – motivi analiticamente le ragioni per le quali ritenga di discostarsene e dia pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali motivazioni.

2. L'atto deliberativo n. 5/2023 e l'ambito oggettivo di cui all'art. 5 T.U.S.P.

L'atto deliberativo n. 5/2023 rientra nel perimetro applicativo oggettivo dell'art. 5, comma 3, del T.U.S.P., in quanto l'operazione ivi approvata attiene alla costituzione di una nuova società denominata *COMUNITÀ ENERGETICA DI MONTEVARCHI - VALDARNO SCARL* (d'ora in poi, anche, CER Montevarchi-Valdarno Scarl o CER). Inoltre, la natura di società consortile a responsabilità limitata figura tra i tipi societari consentiti alle Pubbliche amministrazioni ex artt. 2, comma 1, lett. a), e 3, comma 1, T.U.S.P.

Come già anticipato nella parte *“Premesso in fatto”* (cfr. *supra* punto 3), l'atto deliberativo in esame è stato adottato successivamente alla conclusione della procedura di partenariato pubblico privato ai sensi degli artt. 180 e 183 del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. per la realizzazione mediante *project financing* di impianti di produzione da fonti energetiche rinnovabili e di una comunità energetica rinnovabile nel Comune di Montevarchi.

Appare sin d'ora utile precisare che la funzione di controllo ex art. 5, comma 3, T.U.S.P. è esercitata

solo con riguardo all'atto deliberativo consiliare n. 5/2023 relativo alla costituzione della CER Montevarchi - Valdarno Scarl e per i parametri indicati dal legislatore, esulando dalla cognizione di questa Corte ogni valutazione sulla più ampia operazione di *project financing*.

3. Profili formali: modalità di adozione dell'atto deliberativo ex artt. 5, comma 2, e 7 del T.U.S.P.

In merito ai profili "formali", il Collegio rileva che l'operazione in esame è stata approvata con deliberazione del Consiglio comunale, in linea con quanto richiesto dal T.U.S.P. e dal D.Lgs. n. 267/2000 (d'ora in poi, anche, TUEL).

La bozza dell'atto costitutivo della CER Montevarchi-Valdarno Scarl – approvata dalla deliberazione n. 5/2023 (all. B) – contiene tendenzialmente gli elementi previsti dall'art. 2463 c.c. La mancata indicazione del Comune ove sono poste le eventuali sedi secondarie (art. 2463, comma 1, n. 2, c.c.) deve intendersi dovuta alla circostanza che, allo stato degli atti, esse non sono previste. A conforto di ciò milita l'art. 2, ultimo comma, dell'atto costitutivo nella parte in cui è previsto che *"Spetta invece ai soci deliberare la istituzione di sedi secondarie o il trasferimento della sede in Comune diverso da quello sopra indicato. Quest'ultime delibere, in quanto modifiche statutarie, rientrano nella competenza dell'assemblea dei soci"*.

Tanto precisato, il Collegio ritiene, tuttavia, di dover soffermare l'attenzione su due ulteriori adempimenti che gravano sull'ente nel procedimento di adozione dell'atto deliberativo, relativi alla messa in consultazione dello schema di atto deliberativo e alla compatibilità dell'intervento con la disciplina in materia di aiuti di stato.

3.1. In ordine al primo profilo, va ricordato che l'art. 5, comma 2, T.U.S.P. (2° parte) recita: *"Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate"*.

In sede istruttoria (nota prot. 1577/2023), riscontrato il mancato richiamo del predetto adempimento nella deliberazione consiliare, venivano richiesti chiarimenti nonché l'indicazione della sezione del portale istituzionale in cui lo schema di atto deliberativo era stato pubblicato e il periodo di consultazione.

A riscontro l'Ente ha, in primo luogo, precisato che, precedentemente all'adozione della delibera n. 5/2023, erano state pubblicate sull'albo pretorio on-line del Comune le deliberazioni della Giunta comunale n. 170 del 29/06/2022 e del Consiglio comunale n. 59 del 12/07/2022, fornendo l'indirizzo del portale istituzionale. Il Comune ha altresì rappresentato che *"La pubblicazione all'albo pretorio di tali atti deliberativi preliminari, ai sensi dell'art. 124 del TUEL di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, rappresenta, a tutti gli effetti, la forma prescelta per esprimere la volontà di addivenire alla successiva costituzione della Comunità energetica rinnovabile, quale società consortile ai sensi dell'articolo 2615-ter e dell'articolo 2462 c.c. denominata "COMUNITÀ ENERGETICA DI MONTEVARCHI - VALDARNO Scarl. (omissis) Inoltre, quanto alla funzione della consultazione popolare, così come delineato dalla Statuto*

comunale, all'art. 17, il Comune ha promosso assemblee pubbliche di cittadini allo scopo di migliorare la comunicazione sull'iniziativa di realizzare una comunità energetica, dal momento che investe la tutela dei cittadini e gli interessi generali della comunità. Le assemblee, sono state convocate dal Sindaco con avviso pubblico, apparsi anche a mezzo stampa e realizzate, sia nella fase precedente all'adozione della deliberazione consiliare n. 5 del 26 gennaio 2023 che nella fase successiva (omissis)" (così, nota prot. n. 1775/2023).

Non veniva tuttavia fornita né una copia né alcuna identificazione (numero e anno) dell'Avviso pubblico con cui – secondo quanto riferito dal Comune – sarebbero state convocate le “assemblee pubbliche”; l'Ente invece ha provveduto a comunicare diversi indirizzi Internet che rimandano a interventi in trasmissioni televisive locali (notizia del 21/07/2022) e ad articoli pubblicati su testate locali (notizie del 21/06/2022, 20/10/2022, 10/11/2022 e 23/11/2022). Si tratta, nello specifico, di articoli di stampa nazionale e locale, disponibili su pagine web, concernenti l'avvio del progetto per la costituzione della CER (notizie del 21/06/2022 e 20/10/2022) o di informazioni relative ad un Convegno organizzato con l'Associazione Confartigianato Arezzo (notizia del 10/11/2022) o al riconoscimento del premio “*Ecohitech award*” al Comune, da parte del GSE (notizia del 23/11/2022). Inoltre, l'Ente ha richiamato ulteriori attività del medesimo tenore poste in essere successivamente all'adozione della delibera n. 5/2023 (e, precisamente, nel periodo 27 gennaio 2023 - 2 marzo 2023), rinviando ad ulteriori articoli disponibili su testate digitali locali con l'indicazione dei relativi indirizzi Internet. Con tali modalità di conoscenza pubblica, il Comune ha ritenuto, pertanto, di aver assolto “*la funzione consultiva, soprattutto nella fase precedente alla decisione di costituire la società*” (così, nota prot. n. 1175/2023).

3.1.1. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, il Collegio ritiene che i chiarimenti resi dall'Ente non siano idonei a superare il rilievo formulato dal Magistrato istruttore.

In primo luogo, occorre evidenziare come a venire in discussione non sia “la conoscibilità” da parte della cittadinanza del progetto di costituzione di una comunità energetica sul territorio comunale, quanto l'espletamento della consultazione pubblica su uno specifico atto individuato dal legislatore, ossia lo schema di atto deliberativo di costituzione della società.

In questo senso, tra l'altro, depone la stessa richiesta del Magistrato istruttore. Diversamente, l'Ente ha incentrato l'intera memoria di risposta sulla circostanza che la comunità locale fosse stata messa a conoscenza dell'iniziativa intrapresa dal Comune. Ciò appare in tutta evidenza non solo dagli atti richiamati a conforto delle controdeduzioni prodotte, ma anche dalla precisazione conclusiva resa sul punto, e, precisamente: “*Con questa modalità di conoscenza pubblica, si è ritenuta, assolta la funzione consultiva, soprattutto nella fase precedente alla decisione di costituire la società*” (così, nota prot. n. 1775/2023).

L'adempimento preliminare normativamente richiesto non può ritenersi assolto con la pubblicazione sull'albo pretorio delle delibere della Giunta comunale n. 170 del 29/06/2022 e del

Consiglio comunale n. 59 del 19/07/2022, le quali hanno ad oggetto l'approvazione, rispettivamente, della proposta di partenariato pubblico privato per la realizzazione di impianti di produzione da fonti energetiche rinnovabili e di una comunità energetica rinnovabile (CER) nel Comune di Montevarchi (deliberazione della Giunta comunale n. 170/2022) e degli atti conseguenti (schema atto di concessione e atti di gara per la procedura di affidamento ai sensi del d. lgs. 50/2016, modifica al Piano Triennale dei Lavori Pubblici 2022/2024 e dell'elenco annuale dei lavori 2022) (deliberazione del Consiglio comunale n. 59/2022).

Tali deliberazioni non possono essere sussunte nella categoria *"schema atto deliberativo di costituzione"*. Trattasi, infatti, di atti approvati in via definitiva e che, al pari di ogni deliberazione comunale, dovevano essere obbligatoriamente pubblicati sull'albo pretorio ex art. 124 TUEL.

Né tantomeno l'obbligo di consultazione sullo schema dell'atto deliberativo può ritenersi assolto mediante rinvio ad articoli di giornale sul generale avvio del progetto per la costituzione di una comunità energetica.

Come già anticipato, il quadro normativo impone la consultazione dello schema di atto deliberativo di costituzione; tale previsione appare in linea con la tendenza legislativa - divenuta più forte negli ultimi anni e in linea con le *best practices* europee - di introdurre, per progetti aventi un potenziale impatto sulle comunità amministrate, momenti istituzionalizzati di "confronto", dando maggiore effettività al coinvolgimento dei cittadini e dei portatori di interessi rispetto alla realizzazione dello specifico intervento pubblico. Difatti, questi ultimi, intervenendo nella fase antecedente all'adozione dell'atto, consentono all'amministrazione di acquisire ogni elemento utile ai fini della determinazione finale.

Le modalità attraverso le quali la consultazione pubblica deve avvenire a volte sono stabilite a livello nazionale, demandando ad una specifica Autorità/Ministero il compito di adottarle (ad esempio, è il caso del dibattito pubblico ex art. 22 del d.lgs. n. 50/2016), in altre occasioni sono rimesse all'autonomia organizzativa e regolamentare degli enti. La consultazione *de qua* ricade in questa seconda ipotesi. Al riguardo, la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo del T.U.S.P. puntualizza *"non è stata accolta, in quanto si tratta di materia rientrante nell'autonomia delle singole amministrazioni, la proposta della conferenza unificata che prevede un apposito dpcm che determini le modalità della consultazione stessa"* (cfr. pag. 7).

Nell'esercizio della predetta autonomia, l'art. 17, commi 6, 7 e 8 dello Statuto del Comune di Montevarchi recita: *"6. Il Consiglio Comunale, per propria iniziativa o su proposta del Sindaco o della Giunta Municipale, può disporre forme di consultazione della popolazione in ordine all'organizzazione e gestione dei servizi pubblici o su temi di generale interesse della comunità, sia preliminarmente che successivamente all'adozione dei provvedimenti pertinenti alle materie su cui si intende attivare la consultazione. 7. Le consultazioni popolari possono avvenire attraverso le seguenti modalità: a) convocazione*

di apposite assemblee dei cittadini; b) convocazione delle consulte comunali; c) invio alla popolazione od alle categorie interessate di questionari, nei quali viene richiesto, con semplicità e chiarezza, l'espressione di opinioni, pareri e proposte, da restituire con le modalità ed entro il termine indicato negli stessi questionari, garantendo la riservatezza individuale delle risposte; d) mediante la promozione di verifiche a campione o sondaggi di opinione. 8. Il Sindaco comunica i risultati delle consultazioni di cui sopra al Consiglio Comunale ed alla Giunta, per le valutazioni conseguenti, dandone, inoltre, informazione con pubblici avvisi ai cittadini". Va da sé che, pur nell'ampio ventaglio delle forme di consultazioni ammesse nello Statuto, per il caso *de quo* dovrebbero essere preferite modalità tali da consentire la presentazione di un contributo da parte dei soggetti interessati, entro i termini fissati dall'Amministrazione.

A titolo meramente esemplificativo, si ricorda che tali modalità sono state seguite per altra vicenda societaria, in cui il Comune di Montevarchi - secondo quanto si apprende dalla consultazione del portale istituzionale - ha comunicato con apposito avviso la pubblicazione nell'albo pretorio, per un periodo di dieci giorni, della proposta di delibera consiliare avente ad oggetto l'adesione dell'Amministrazione comunale alla cd. operazione MultiUtility e della documentazione ritenuta utile, tra cui il modulo per presentare le osservazioni. Questa fase chiaramente è antecedente alla deliberazione del Consiglio comunale di adozione dell'atto di costituzione o, come in tale ipotesi, di non approvazione della proposta di deliberazione (cfr. deliberazione del Consiglio comunale n. 86/2022).

Nelle controdeduzioni prodotte non vi è traccia dell'avvenuto espletamento di attività analoghe, sebbene tale procedimento avrebbe dovuto essere seguito anche con riguardo allo schema dell'atto deliberativo in discorso, poi confluito nella deliberazione consiliare n. 5/2023. Non possono allo scopo essere considerati atti equipollenti i convegni, le conferenze stampa, le interviste televisive e azioni similari.

Da ultimo, il Collegio richiama l'importanza di dare pedissequa applicazione alle previsioni legislative che impongono una serie di adempimenti in capo all'Ente locale e, in particolare, per quanto qui rileva, all'attivazione di forme di consultazione della comunità amministrata sullo schema di atto deliberativo, i cui esiti - come disciplinato dall'art. 17, comma 8, dello Statuto di Montevarchi - devono essere portati a conoscenza del Consiglio Comunale e della Giunta, per le valutazioni conseguenti, dandone, inoltre, informazione con pubblici avvisi ai cittadini.

3.2. Con riguardo al secondo profilo, l'art. 5, comma 2, 1° parte, T.U.S.P. recita: *"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"*.

Nella deliberazione consiliare n. 5/2023, il Comune rappresenta che *"tenuto conto delle finalità della Società, e particolarmente avuto riguardo al fatto che la stessa utilizza anche fondi e risorse pubbliche provenienti dai soci o da altre istituzioni pubbliche, ogni forma di trasferimento di beni, servizi, tecnologie o*

utilità ai soci dovrà essere effettuata nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale per tempo vigente” (cfr. deliberazione del Consiglio comunale n. 5/2023, pag. 8).

Sul punto, il Collegio prende atto della sintetica precisazione resa dall’Ente, richiamando tuttavia l’attenzione sulla circostanza per cui la valutazione dell’Amministrazione in merito alla compatibilità dell’intervento con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese (artt. 107 e 108 TFUE) deve essere supportata da un’adeguata attività istruttoria, tesa ad evidenziare l’assenza di potenziali rischi di lesione della concorrenza che il legislatore intende presidiare (cfr. *ex plurimis*, Corte Cost., sentenza n. 142/2018). Atteso il riparto di competenze e il perimetro del sindacato tra le differenti Istituzioni e plessi magistratuali, anche sovranazionali, lo scrutinio *funditus* dei predetti profili fuoriesce dalla cognizione di questa Corte, limitandosi quest’ultima, in questa sede, a rappresentare esclusivamente l’assenza di un’adeguata motivazione sia nella deliberazione n. 5/2023 sia negli allegati richiamati; l’onere motivazionale non può infatti tradursi in un enunciato apodittico, ritenendosi assolto da un mero richiamo all’osservanza della legislazione europea e nazionale vigente, cui peraltro ogni azione pubblica deve già di per sé conformarsi.

4. Profili sostanziali

L’art. 7, comma 2, T.U.S.P. prevede che *“L'atto deliberativo è redatto in conformità a quanto previsto all'articolo 5, comma 1”*; quest’ultimo recita *“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”*.

Tanto precisato in merito al disposto normativo, il Collegio procede, nei successivi capoversi, all’esame dell’atto deliberativo n. 5/2023 secondo i parametri giuridici ed economici richiesti dal citato articolo 5.

4.1. Onere di motivazione analitica sulle finalità istituzionali ex artt. 5, comma 1, e 4 del T.U.S.P.

Ai sensi dell’art. 5, comma 1, l’atto deliberativo di costituzione di una società ovvero di acquisto di partecipazioni, anche indirette, 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. La Corte costituzionale (sentenza n. 201/2022) ha all’uopo affermato che *“tale articolata previsione, che impone all’ente di esporre – con un onere “rafforzato” di motivazione soggetto al sindacato giurisdizionale – le ragioni*

della partecipazione (anche minoritaria), è infatti indicativa di un'ulteriore «cautela verso la costituzione e l'acquisto di partecipazioni di società pubbliche»" (cfr. anche Corte cost. sentenza n. 100/2020).

L'articolo 4 - in particolare, commi 1 e 2 - stabilisce specifici vincoli ai quali le amministrazioni pubbliche devono attenersi.

In questo contesto, il legislatore ha prescritto, in primo luogo, al comma 1 del citato art. 4 che le «amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». Si tratta di una previsione che impone uno specifico vincolo di scopo pubblico, per cui possono essere costituite società ovvero acquisite o mantenute partecipazioni solo se l'oggetto dell'attività sociale - la produzione di beni e servizi - è strettamente necessario al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente.

Il comma 2 dello stesso art. 4 introduce poi un ulteriore vincolo, quello di attività, ammettendo le società che svolgono «esclusivamente» le attività ivi espressamente indicate, ossia: a) produzione di un servizio di interesse generale; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra PA; c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un servizio d'interesse generale, attraverso un contratto di partenariato; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, o allo svolgimento delle loro funzioni; e) servizi di committenza.

Nell'art. 4, commi 3 e seguenti, e nel successivo art. 4-bis, vengono individuate ulteriori regole tese ora a vietare la costituzione di alcune tipologie di società ora ad ammetterle. Nell'ambito di tali disposizioni appare utile richiamare, ai presenti fini, le seguenti previsioni: art. 4, comma 7 (Sono altresì ammesse le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale prevalente (omissis) la produzione di energia da fonti rinnovabili); art. 4, comma 8 (È fatta salva la possibilità di costituire, ai sensi degli articoli 2 e 3 del decreto legislativo 27 luglio 1999, n. 297, le società con caratteristiche 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' inoltre fatta salva la possibilità, per le università, di costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche); art. 4-bis (Le attività di ricerca svolte dalle società a partecipazione pubblica e dagli enti pubblici di ricerca di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 218, per la realizzazione degli interventi compresi nel quadro di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza rientrano tra quelle perseguibili dalle amministrazioni pubbliche ai sensi del comma 2 dell'articolo 4 del presente decreto).

Nel delineato quadro e ai fini dell'assolvimento dell'onere motivazionale di cui all'art. 5, comma 1, T.U.S.P., la prima valutazione che grava sull'ente è quella attinente alla coerenza della partecipazione con le proprie finalità istituzionali (c.d. principio della funzionalizzazione);

successivamente, l'Ente deve verificare l'indispensabilità dello strumento societario per il conseguimento di quei fini. L'analitica motivazione delle scelte assunte riveste dunque un ruolo di preminente centralità in quanto costituisce l'oggetto dell'esercizio della funzione di controllo intestata a questa Corte.

4.1.1. In ordine al primo profilo, in sede istruttoria, il Magistrato istruttore rilevava che l'atto deliberativo in esame non sembrava analiticamente motivato con riferimento al perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4 T.U.S.P. Più in dettaglio, veniva riscontrato che l'Ente, richiamati gli obiettivi climatici ed energetici e la disciplina europea e nazionale (legislativa e amministrativa) di settore, si era limitato ad affermare: *"il ruolo delle amministrazioni locali assume estrema rilevanza all'interno delle CER, come punto di riferimento iniziale per la nascita della CER, per essere considerati enti aggregatori di tutta la comunità territoriale"* (così, deliberazione del Consiglio comunale n. 5/2023, pag. 4); ciò senza fornire alcun puntuale ancoraggio della decisione di costituire la società alle finalità enucleate nell'art. 4 del T.U.S.P. Peraltro, dalla disamina dell'art. 4 dello Statuto *"Scopo e oggetto sociale"* emergeva che la CER Montevarchi - Valdarno Scarl era chiamata a svolgere attività ulteriori rispetto alla *mission* affidata, di norma, alle comunità di energia rinnovabili dalle legislazione europea e nazionale. A conforto veniva richiamato l'art. 4, comma 4, dello Statuto, nella parte in cui prevede che *"La Società consortile potrà svolgere anche le seguenti attività, sia direttamente che mediante terzi: la promozione e la collaborazione nell'ambito di attività di ricerca, anche in collaborazione con istituzioni scientifiche e accademiche, su tematiche coerenti con il proprio oggetto sociale; (omissis) il supporto alle attività di ricerca nel settore delle fonti energetiche rinnovabili, anche in collaborazione con enti e istituzioni pubblici e privati; la pianificazione territoriale per l'energia, anche a beneficio di altri enti territoriali, azioni per la promozione di politica energetica sui territori, messa in opera e assistenza di progetti pilota per la valorizzazione delle Fonti Energetiche Rinnovabili (F.E.R.)"*.

Veniva sottolineato altresì che l'assenza di una chiara distinzione tra le attività principali (o prevalenti) e quelle sussidiarie non consentiva di sussumere con un sufficiente grado di certezza l'operazione in una delle attività di cui all'art. 4 del T.U.S.P., richiamando, a titolo esemplificativo, alcune previsioni statutarie.

4.1.2 In merito a questo specifico rilievo istruttorio, l'Ente, richiamati nuovamente gli obiettivi climatici ed energetici in materia e la normativa europea e nazionale di settore, ha rappresentato che l'atto deliberativo n. 5/2023 *"delinea puntualmente il contesto normativo euro unitario e nazionale dal quale prende le mosse l'iniziativa dell'Ente di partecipazione alla costituzione della Comunità Energetica. Tale excursus normativo consente di evidenziare il ruolo attribuito alla pubblica amministrazione dalle Direttive e dalla normativa interna (omissis) e costituisce in re ipsa "motivazione" circa il perseguimento dei fini istituzionali. (omissis). Alla luce di tale chiarissime previsioni espressamente richiamate nell'atto deliberativo*

(pagina 2 e 3) la partecipazione pubblica alla comunità energetica può essere ricondotta nell'ambito del perimetro delineato dall'articolo 4 del Dlgs 175/2016. Le finalità perseguite dall'Ente mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 4 comma 2 del Dlgs 175/2016 sono certamente riconducibili alla lett. a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi, e in senso più ampio anche alla lett. d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento. Si rammenta che il Comune, in quanto Ente Pubblico, attraverso questa iniziativa, vuole perseguire finalità istituzionali volte a garantire benefici di tipo economico, ambientale e sociale ed, in particolare, vuole realizzare l'obiettivo di ridurre i costi energetici, non solo dello stesso Ente, ma dell'intera Comunità Territoriale - nella misura in cui la popolazione, intesa quali soggetti fisici e giuridici, decida di aderire - mediante la valorizzazione e l'incentivazione dell'energia elettrica prodotta dall'impianto di produzione "FER - Fonti Energetiche Rinnovabili" e condivisa tra i membri della stessa comunità. (omissis) L'aver evidenziato che "il ruolo delle Amministrazioni locali assume rilevanza all'interno delle Comunità energetiche rinnovabili come punto di riferimento iniziale per la nascita delle CER, per essere considerati enti aggregatori di tutta la comunità territoriale" a conclusione della disamina normativa è finalizzato solo a dare atto delle finalità istituzionali perseguite e più precipuamente lo svolgimento dell'attività della produzione di un servizio di interesse generale puntualmente descritto nel capoverso che precede (pagine 3 e 4) (omissis) (così, nota prot. n. 1775/2023).

4.1.3. Tanto premesso e alla luce di tutte le controdeduzioni depositate, il Collegio ritiene che l'atto deliberativo all'esame presenti carenze motivazionali in ordine alla sussistenza della finalità istituzionale ex art. 5, comma 1, e art. 4 T.U.S.P.

4.1.3.1. In linea generale, la partecipazione dei cittadini, degli operatori economici privati e delle autorità locali a progetti nell'ambito delle energie rinnovabili attraverso le comunità energetiche può senz'altro comportare un notevole valore aggiunto in termini di diffusione di tali fonti di produzione a livello locale e di accesso a capitali privati aggiuntivi, con incremento degli investimenti sul territorio, delle possibilità di scelta per i consumatori, nonché di una maggiore partecipazione dei cittadini alla transizione energetica (cfr. anche Considerando n. 70 della Direttiva (Ue) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018).

Ne sono testimonianza la previsione di uno specifico intervento di sostegno alle comunità energetiche e alle strutture collettive di autoproduzione per i Comuni con meno di 5.000 abitanti nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR, M2C2I1.2) o la recente legge della Regione Toscana 28 novembre 2022, n. 42 "Promozione e sostegno delle comunità energetiche rinnovabili". Nella Relazione illustrativa allegata a tale atto legislativo è, infatti, precisato che "la Regione Toscana, in coerenza con il percorso già avviato con la deliberazione di Giunta 21 marzo 2022, n. 336 (Promozione delle

Comunità Energetiche), ritiene opportuno dare ulteriore impulso alla promozione delle Comunità energetiche quali punti focali della transizione energetica e strumenti fondamentali per la creazione di nuovi modelli di economia ecologica basati sulla generazione distribuita, il localismo energetico ed il contrasto alla povertà energetica.”.

4.1.3.2. Le finalità meritorie, cui le comunità energetiche sono volte, non possono tuttavia ritenersi di per sé sufficienti a suffragare le ragioni relative alla costituzione della società in esame. A conforto di ciò milita, in primo luogo, il dato testuale: nessuna previsione della legislazione europea e nazionale, né il T.U.S.P. esonerano l'Amministrazione procedente dall'onere motivazionale rafforzato di cui all'art. 5, comma 1, e all'art. 4 T.U.S.P.

Nell'atto all'esame viene in rilievo non tanto la scelta in sé dell'Ente di partecipare ad una comunità energetica rinnovabile, quanto l'ammissibilità di conseguire tale obiettivo mediante il ricorso ad un modulo organizzativo di tipo societario. Tale specifica soluzione impone all'Amministrazione comunale, in primo luogo, di motivare la coerenza della partecipazione con le proprie finalità istituzionali, ancorando le specifiche valutazioni all'art. 4 T.U.S.P., il quale vieta la costituzione di società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi che non siano strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Le valutazioni devono essere quindi condotte avendo riguardo allo specifico oggetto sociale della società costituenda e non al “modello astratto” di comunità energetica, coniato dal legislatore.

Diversamente, il Comune, nella richiamata deliberazione consiliare, si è limitato ad evidenziare, in linea generale, le finalità sociali e ambientali della fattispecie astratta “comunità energetica rinnovabile” e il potenziale ruolo degli enti locali nella relativa implementazione. Ciò è particolarmente evidente nella parte in cui è affermato che *“il ruolo delle amministrazioni locali assume estrema rilevanza all'interno delle CER, come punto di riferimento iniziale per la nascita della CER, per essere considerati enti aggregatori di tutta la comunità territoriale”* (così, deliberazione del Consiglio comunale n. 5/2023, pag. 4). Analoghe considerazioni sono state poi, più diffusamente, ribadite in sede di controdeduzioni, ove è precisato: *“Tale excursus normativo consente di evidenziare il ruolo attribuito alla pubblica amministrazione dalle Direttive e dalla normativa interna (omissis) e costituisce in re ipsa “motivazione” circa il perseguimento dei fini istituzionali”*. In tale sede, in aggiunta a ciò, l'Ente ha ricondotto l'attività svolta dalla società a quelle enucleate all'art. 4, comma 2, T.U.S.P. e, in particolare, alla 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, T.U.S.P) e all'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, 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, T.U.S.P).

Tale operazione di qualificazione è stata effettuata dal Comune, per la prima volta, in sede di replica istruttoria; non è stato inoltre trasmesso alcun atto, antecedente alla deliberazione n. 5/2023, dal quale potesse già desumersi l'espressa sussunzione, da parte dell'Ente, dell'attività della società nelle due fattispecie poc'anzi richiamate.

In ordine, poi, al rilievo formulato dal Magistrato istruttore relativo all'assenza di una chiara distinzione tra le attività principali (o prevalenti) e quelle sussidiarie, tale da non consentire di sussumere con un sufficiente grado di certezza l'operazione in una delle fattispecie di cui all'art. 4 del T.U.S.P., richiamando alcune previsioni statutarie (ad esempio, art. 4, comma 3, lett. b, dello Statuto in materia di vendita dell'energia elettrica rinnovabile) l'Ente ha rappresentato che *"l'art 31 del D.lgs. 199/2021 che stabilisce al comma 2 lett. b) "l'energia autoprodotta è utilizzata prioritariamente per l'autoconsumo istantaneo in sito ovvero per la condivisione con i membri della comunità secondo le modalità di cui alla lettera c), mentre l'energia eventualmente eccedentaria può essere accumulata e venduta anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile, direttamente o mediante aggregazione" non contiene una distinzione tra attività principali e "sussidiarie". (omissis) Dal combinato disposto dell'art. 31 del D.lgs. 199/2021 e dell'art. 3.2. delle Linee guida discende pertanto che non assume rilievo una distinzione tra attività principali e "sussidiarie" ai fini della riconducibilità delle stesse nell'ambito delle attività riconducibili all'art 4 del TUSP nell'ambito delle finalità istituzionali, potendo il Referente (la CER) scegliere liberamente con quali modalità valorizzare l'energia elettrica immessa in rete. Nel caso specifico della CER Valdarno, è previsto che la valorizzazione dell'energia immessa dai singoli impianti sia affidata, mediante apposito mandato alla CER nell'interesse dei singoli membri di ottenere il maggior beneficio economico"* (così, nota prot. n. 1775/2023).

Inoltre, nella memoria non è stato fornito alcun chiarimento in ordine allo svolgimento di attività di ricerca di cui all'art. 4, comma 4, dello Statuto *"Scopo e oggetto sociale"* della CER Montevarchi-Valdarno Scarl, richiamata dal Magistrato istruttore per sottolineare l'ampiezza dell'oggetto sociale, esteso anche ad attività ulteriori rispetto alla *mission* affidata alle comunità di energia rinnovabili dalla legislazione europea e nazionale.

4.1.3.3. In disparte ogni considerazione sull'assenza di una compiuta motivazione già in sede di perfezionamento dell'atto deliberativo e sulla conseguenziale non ammissibilità di una successiva integrazione motivazionale, occorre, a tutto concedere, evidenziare che, ancora una volta, i chiarimenti resi dall'Ente non sono suffragati da valutazioni sulle "effettive" attività che la società costituenda potrà porre in essere in base allo Statuto.

Sul punto, l'art. 4 *"Oggetto sociale"*, commi 3-4, dello Statuto recita: *"3. (omissis) la Società consortile potrà svolgere le seguenti attività: a. organizzare la condivisione dell'energia elettrica rinnovabile prodotta dalle unità di produzione detenute dalla società consortile ai sensi dell'art.31 del Dlgs 199/2021, qualora la proprietà, la gestione o la qualifica di produttore per tali impianti siano di soci fatti salvi gli altri requisiti*

previsti e il mantenimento dei diritti e degli obblighi degli associati come clienti. A tal fine potrà anche ai sensi dell'art 8 del Dlgs 199/2021: Gestire i rapporti con il GSE; Monitorare produzione e consumi dei propri soci con finalità di verifica e rendicontazione; Accedere agli incentivi ed ai rimborsi connessi alla condivisione dell'energia tra i soci; Ripartire i benefici economici tra i soci nel rispetto delle modalità definite nell'apposito regolamento; b. produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia elettrica rinnovabile, anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile e anche mediante la realizzazione di impianti a fonti rinnovabili, di proprietà o comunque detenuti dalla Comunità ai sensi dell'art. 31 del Dlgs 199/2021; c. accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica, direttamente o mediante aggregazione e fornire servizi di efficienza energetica o servizi energetici, anche sui mercati del dispacciamento o a favore dei gestori delle reti di trasmissione e/o di distribuzione. 4. La Società consortile potrà svolgere anche le seguenti attività, sia direttamente che mediante terzi: la promozione e la collaborazione nell'ambito di attività di ricerca, anche in collaborazione con istituzioni scientifiche e accademiche, su tematiche coerenti con il proprio oggetto sociale; lo stimolo all'ideazione, allo sviluppo, alla sperimentazione e alla partecipazione a modelli di governance di generazione distribuita e nuove applicazioni tecnologiche per la diffusione dell'uso di energia da fonti rinnovabili; l'individuazione di ogni possibile opportunità di finanziamento delle iniziative da attuare e ogni possibile inserimento delle attività sviluppate in reti di competenza regionali, nazionali ed europee; il supporto alle attività di ricerca nel settore delle fonti energetiche rinnovabili, anche in collaborazione con enti e istituzioni pubblici e privati; la pianificazione territoriale per l'energia, anche a beneficio di altri enti territoriali, azioni per la promozione di politica energetica sui territori, messa in opera e assistenza di progetti pilota per la valorizzazione delle Fonti Energetiche Rinnovabili (F.E.R.); la promozione dell'attività della Società consortile, anche attraverso la gestione di eventi di pubblica diffusione dei risultati; l'adesione a partnership nazionali e internazionali in altri organismi sia con enti privati che pubblici per lo sviluppo dell'oggetto dell'attività della Società consortile; l'organizzazione di servizi accessori e complementari alla distribuzione elettrica; la prestazione di qualsiasi servizio comunque collegato all'attività di cui ai precedenti punti. (omissis)".

In primo luogo, la precisazione resa dall'Ente in merito all'assenza di "una distinzione tra attività principali e sussidiarie" nell'art. 31 del d.lgs. n. 199/2021 non appare pertinente rispetto all'esigenza informativa della nota istruttoria; il rilievo del Magistrato istruttore – come emerge chiaramente dalla richiesta di chiarimenti - non era funzionale a riscontrare – almeno in questa parte – una difformità dall'art. 31 citato, ma a ricostruire l'iter logico-motivazionale dell'Ente ai fini della sussunzione dell'operazione societaria in una delle fattispecie normative di cui all'art. 4 del T.U.S.P, tra le quali figura anche quella di cui al comma 7, 2° parte. Quest'ultima fattispecie, però, si ritiene integrata solo qualora la produzione di energia da fonti rinnovabili costituisca l'oggetto sociale prevalente della società; da qui, l'importanza di comprendere se lo Statuto

disponesse una gradazione della rilevanza delle attività in esso elencate.

Secondariamente, il Collegio osserva che non tutte le attività enucleate nel citato art. 4 “*Oggetto sociale*” dello Statuto della società costituenda possono essere ricondotte a finalità istituzionali di un Ente locale e, nello specifico, del Comune di Montevarchi.

4.1.3.3.1. Difatti, la produzione di energia da fonti rinnovabili – qualificata in giurisprudenza come attività d’interesse pubblico (cfr., Cons. St., sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1201; Cons. St., sez. IV, 12 aprile 2021, n. 2983; Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2022, n. 2242) – la condivisione, l’accumulo e la vendita della stessa – purché avvenga nel rispetto dell’art. 31 del d.lgs. n. 199/2021 – e alcune attività connesse (quali, gestire i rapporti con il GSE; monitorare produzione e consumi dei propri soci con finalità di verifica e rendicontazione; accedere agli incentivi e ai rimborsi connessi alla condivisione dell’energia tra i soci), previste dall’art. 4, comma 3, dello Statuto sono tendenzialmente in linea con le attività delle comunità energetiche ex art. 31 del d.lgs. n. 199/2021; esse possono, peraltro, assolvere ad una finalità pubblica purché la motivazione dimostri “*che si tratta di attività di produzione e fornitura di un bene (nel caso di specie, l’energia elettrica) che, in relazione al territorio di riferimento, non sarebbe svolta dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbe espletata a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, e che il Comune, nell’ambito delle competenze attribuite dalla legge (cfr. art. 3 e 13 del d.lgs. n. 267 del 2000), assume come necessaria per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento*” (così, *ex plurimis* Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 201/2017/PAR). Condizione questa che – come si è avuto già modo di precisare – non è stata pienamente adempiuta con l’atto deliberativo n. 5/2023.

4.1.3.3.2. A diversa conclusione deve, invece, pervenirsi con riguardo allo svolgimento di attività di ricerca (e quelle ad essa connesse), consentite alla CER Montevarchi – Valdarno s.c.a.r.l. ai sensi dell’art. 4, comma 4, dello Statuto: tale attività non risulta immediatamente riconducibile alle finalità istituzionali di un ente comunale e, quindi, del Comune di Montevarchi.

A conforto di ciò appare utile richiamare l’art. 4, comma 8, T.U.S.P.; tale previsione legislativa, infatti, non è espressione di “un’autorizzazione” generalizzata alla costituzione di società aventi quale oggetto sociale anche l’attività di ricerca, ma ne riserva la possibilità agli enti che istituzionalmente svolgono tale funzione come le università, per gli *spin-off* o le *start-up*, e gli altri enti di ricerca, per quanto riguarda le società con caratteristiche analoghe agli *spin-off* e alle *start-up* universitarie (cfr. *ex plurimis* Sezione regionale di controllo per la Toscana, deliberazioni n. 222/2022/PASP, n. 224/2022/PASP e n. 225/2022/PASP). Nella medesima direzione deve essere letto l’art. 4-bis del T.U.S.P., recante disposizioni speciali per lo svolgimento di attività di ricerca nell’ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

4.1.4. In ordine al secondo profilo di analisi dell'onere motivazionale ex artt. 5, comma 1, e 4 T.U.S.P. (*i.e.*, indispensabilità della partecipazione per il conseguimento delle finalità istituzionali), in sede istruttoria, il Magistrato istruttore riscontrava altresì che l'atto deliberativo non risultava analiticamente motivato neanche in ordine alla infungibilità dello strumento societario e, in particolare, del tipo "società consortile a responsabilità limitata" rispetto ad altri moduli organizzativi. Più in dettaglio, veniva evidenziato che l'Ente si era limitato ad affermare: *"la forma associativa società consortile a responsabilità limitata Scarl sia lo strumento idoneo a rispondere alla duplice esigenza di unitarietà d'azione fra soci e miglior coordinamento e sinergia nelle attività di indirizzo e controllo, nonché di agevolare il reperimento di risorse finanziarie senza gravare sulla finanza pubblica"*. (così, deliberazione del Consiglio comunale n. 5/2023, pag. 9). Inoltre, il Magistrato istruttore manifestava alcune perplessità circa la sovrapposizione di competenze tra le attività della CER Montevarchi-Valdarno s.c.a.r.l. ed i servizi svolti dal socio fondatore Energy Montevarchi s.r.l., nonché sul rispetto del principio di separazione tra proprietà e controllo che caratterizza le società di capitali. Da ultimo, il Magistrato istruttore osservava che la partecipazione pulviscolare da parte di un ente locale ad una società non consente di incidere sugli indirizzi gestionali, ponendo dubbi sulla compatibilità delle stesse con l'impianto del d.lgs. n. 175/2016 in termini di stretta necessità del modulo societario per la realizzazione della comunità energetica.

4.1.4.1. A riscontro dei rilievi formulati sulla "stretta necessità" dello strumento societario, il Comune ha precisato: *"La richiesta di una analisi sulla infungibilità dello strumento rispetto ad altri moduli organizzativi inteso letteralmente come "insostituibilità giuridicamente riconosciuta" si pone ben al di là delle richieste del Legislatore euro unitario e nazionale"*; inoltre, dopo aver effettuato considerazioni di portata generale sulla costituzione delle comunità energetiche in Europa, l'Ente ha richiamato quanto già riportato nell'atto deliberativo n. 5/2023 (cfr. deliberazione del Consiglio comunale n. 5/2023, pag. 6-9), fornendo anche alcune precisazioni – sempre di portata generale – sul regime giuridico del tipo "società consortile a responsabilità limitata" (*i.e.*, causa, scopo, fallimento *recte* liquidazione giudiziale).

4.1.4.2. Tanto premesso, il Collegio rammenta, in linea generale, che il predicato dell'indispensabilità, legato alle partecipazioni coerenti con i fini istituzionali dell'ente, deve essere individuato sotto il profilo della infungibilità dello strumento societario rispetto ad altre differenti forme organizzative o della stretta necessità dell'attività svolta dalla partecipata rispetto al conseguimento della *mission* istituzionale. L'esito di tali valutazioni deve confluire nella "motivazione rafforzata" richiesta dall'art. 5, comma 1, T.U.S.P.

Al riguardo (e in via preliminare), il Collegio deve sottolineare che il Comune muove da un erroneo presupposto di base che permea l'intera vicenda. Difatti, tutta l'operazione societaria prende in

considerazione la disciplina di settore quale parametro esclusivo per conformare l'azione amministrativa, trascurando, sotto un profilo formale e sostanziale, le previsioni di cui al d.lgs. n. 175/2016.

Il quadro regolamentare all'interno del quale si colloca l'operazione societaria in discorso è costituito, invece, da una pluralità di disposizioni legislative: alcune specifiche sulle caratteristiche proprie del modello astratto "*comunità energetiche rinnovabili*"; altre di portata generale prescritte dal T.U.S.P., alla cui osservanza le Amministrazioni procedenti sono tenute ogni qual volta decidano di realizzare una finalità pubblica mediante ricorso al modulo organizzativo di tipo societario. Le eccezioni a tali regole sono espressamente enucleate dal legislatore (ad esempio, società costituite per legge, alcune operazioni per le società pubbliche quotate etc.); la costituzione della società in esame – come già precisato – non rientra nel regime derogatorio.

Il punto di contatto tra la disciplina di settore (ad esempio, art. 31 del d.lgs. n. 199/2021) e quella generale (*i.e.*, d.lgs. n. 175/2016) risiede nel valutare, in primo luogo, se il modulo organizzativo societario sia il modello strettamente necessario per la comunità energetica rinnovabile, anche in ragione del principio di neutralità alla "forma", coniato dalla legislazione europea e replicato in quella nazionale; secondariamente, nell'individuazione del "tipo" societario, tra quelli consentiti dall'art. 3, comma 1, del T.U.S.P., più funzionale alle esigenze che emergono nel caso concreto (ossia, nella fattispecie, le caratteristiche proprie di una comunità energetica), in base alla normativa di settore (ad esempio, autonomo soggetto giuridico, principio di libera entrata e uscita dei membri della comunità etc.). Tali valutazioni dell'Ente, devono, poi, confluire – come già più volte sottolineato – nell'atto deliberativo, eventualmente anche attraverso la tecnica della motivazione *per relationem*, indicando, in questo caso, l'atto richiamato da rendersi disponibile secondo le forme ordinarie di pubblicità.

Alla luce di ciò, deve ritenersi non condivisibile quanto precisato dall'Ente, in sede istruttoria, ossia che: "*La richiesta di una analisi sulla infungibilità dello strumento rispetto ad altri moduli organizzativi inteso letteralmente come "insostituibilità giuridicamente riconosciuta" si pone ben al di là delle richieste del Legislatore euro unitario e nazionale*" (così, nota prot. n. 1775/2023). In tal modo, il Comune si sottrae alla portata del dettato normativo del T.U.S.P., nell'interpretazione dello stesso offerta dalla giurisprudenza contabile e, soprattutto, della Corte costituzionale in materia di oneri motivazionali che devono essere assolti dalle amministrazioni ex art. 5, comma 1, e art. 4 T.U.S.P. in sede di costituzione di società.

4.1.4.3. Tanto precisato in via preliminare e avuto riguardo a tutte le considerazioni espresse (cfr. *supra*), questa Sezione ritiene che l'atto deliberativo all'esame, anche a seguito delle controdeduzioni dell'Ente prodotte in sede istruttoria, presenti significative carenze motivazionali in ordine alla

stretta necessità dello strumento societario per il perseguimento delle finalità istituzionali, secondo il duplice livello di analisi poc'anzi esposto. È d'uopo altresì rammentare che l'esercizio valutativo deve ritenersi circoscritto alle sole attività connesse alle finalità istituzionali dell'Ente, con esclusione, pertanto, di quelle di ricerca, le quali, esulano dal perimetro di azione del Comune (v. *supra* pt. 4.1.3.3.2.).

4.1.4.3.1. Al fine delle verifiche sull'indispensabilità della partecipazione societaria, occorre muovere dalla considerazione che la disciplina europea, nazionale e regionale in materia non indica espressamente la "veste giuridica" da attribuire alla comunità energetica rinnovabile, lasciando così libertà di forme.

Difatti, l'art. 2, comma 2, punto 16, della Direttiva (Ue) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 (d'ora in poi, anche, RED II) definisce quest'ultima come un *"soggetto giuridico: a) che, conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione; b) i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali; c) il cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari"* (cfr. anche, nella medesima direzione, l'art. 22 della Direttiva RED II). Nel considerando 71 della Direttiva RED II è altresì precisato che *"le caratteristiche specifiche delle comunità locali che producono energia rinnovabile, in termini di dimensioni, assetto proprietario e numero di progetti, possono ostacolarne la competitività paritaria con gli operatori di grande taglia, segnatamente i concorrenti che dispongono di progetti o portafogli più ampi. Pertanto, gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di scegliere una qualsiasi forma di entità per le comunità di energia rinnovabile a condizione che tale entità possa, agendo a proprio nome, esercitare diritti ed essere soggetta a determinati obblighi (omissis)"*.

Le comunità energetiche rinnovabili sono state disciplinate anche a livello nazionale, dapprima all'art. 42-bis del d.l. 30/12/2019, n. 162 *"Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica"*, convertito con legge 28 febbraio 2020, n. 8, e successivamente, ad opera dell'art. 31 *"Comunità energetiche rinnovabili"* del d. lgs. 8/11/2021, n. 199 *"Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili"*, il quale – per quanto d'interesse in questa sede – riproduce, nella sostanza, il contenuto delle disposizioni di cui alla direttiva RED II.

Ciò precisato, il primo profilo che viene in rilievo è la qualificazione della comunità energetica rinnovabile come soggetto di diritto che può potenzialmente assumere qualsiasi "veste giuridica" (e

quindi anche non societaria), purché sia “autonomo” (cfr. art. 31, comma 1, lett. b), 1^a parte, d.lgs. n. 199/2011).

L'atto consiliare n. 5/2023 non contiene alcuna motivazione sulle ragioni per le quali l'Amministrazione, nell'ampio ventaglio di opzioni offerte, abbia ritenuto di far ricorso allo strumento societario. Nella deliberazione in discorso, il Comune si è infatti limitato: i) a rilevare *“la necessità di costituire una Comunità Energetica Rinnovabile quale società consortile ai sensi dell'articolo 2615-ter e dell'articolo 2462 c.c. denominata "COMUNITÀ ENERGETICA DI MONTEVARCHI - VALDARNO Scarl”*; ii) ad affermare, in ordine al “tipo” prescelto, che *“la forma associativa società consortile a responsabilità limitata Scarl sia lo strumento idoneo a rispondere alla duplice esigenza di unitarietà d'azione fra soci e miglior coordinamento e sinergia nelle attività di indirizzo e controllo, nonché di agevolare il reperimento di risorse finanziarie senza gravare sulla finanza pubblica”*.

Né ad esiti differenti può pervenirsi dalla disamina di quanto riportato nel verbale della seduta della Commissione *“Governare del territorio, lavori pubblici, problemi urbanistici, trasporti, traffico, viabilità”* n. 2 del 19/1/2023, espressamente citato nei “visti” della deliberazione consiliare sottoposta all'odierno controllo e disponibile sul portale istituzionale dell'Ente, sezione Amministrazione trasparente/Storico atti, in allegato alla deliberazione del Consiglio comunale n. 5/2023.

Difatti, dall'esame del punto n. 1 *“Proposta di deliberazione consiliare n. 10 avente per oggetto: “Costituzione della nuova società consortile a responsabilità limitata denominata “Comunità Energetica di Montevarchi - Valdarno Scarl” dell'ordine del giorno del 19/1/2023 (verbale n. 2 citato) non emerge un'analitica motivazione sulle ragioni della scelta del modulo societario. In ordine, poi, al tipo “società consortile a responsabilità limitata”, nell'ambito di una più ampia “discussione” preliminare alle dichiarazioni di voto, sono verbalizzati gli interventi di alcuni partecipanti alla seduta. È d'uopo precisare che trattasi di meri chiarimenti e, in quanto tali, inidonei a corredare la decisione dell'adeguato corpus motivazionale e a suffragarne la ragionevolezza.*

In sede istruttoria, l'Ente ha poi richiamato nuovamente quanto già precisato nella deliberazione consiliare in esame, rappresentando altresì: *“Per quanto d'interesse l'individuazione della forma giuridica di una comunità energetica partecipata dall'Ente locale non poteva prescindere dallo scopo per cui le Comunità energetiche sono state concepite, ossia quello di offrire ai propri membri benefici ambientali e sociali all'interno di uno specifico territorio, senza prevalente scopo di lucro. In forza di ciò è stata esclusa la possibilità di costituire società a responsabilità o per azioni, verificando la possibilità di far parte di altre realtà giuridiche. Fornisce in tal senso una risposta positiva il D.lgs. 175/2016 in quanto dal combinato disposto dell'art. 1, comma 4, lett. b) e dell'art. 3, comma 1, del D.lgs. 175/2016, non discendono preclusioni per gli enti pubblici alla partecipazione ad associazioni (riconosciute e non riconosciute) di diritto privato e a società consortili. La forma dell'Associazione non riconosciuta è stata esclusa per la responsabilità solidale ed illimitata di tutti gli aderenti all'Associazione (omissis) Con riguardo alle società consortili (omissis) l'art. 3, comma 1, del D.lgs.*

175/2016 individua espressamente tale forma giuridica quale modello d'elezione per la partecipazione pubblica" (così, nota prot. n. 1775/2023).

Non è stato dunque prodotto alcun atto, antecedente alla deliberazione n. 5/2023, da cui potesse desumersi l'avvenuto espletamento di un'analisi sulla scelta dello strumento societario e dello specifico tipo, teso a confutare il rilievo del Magistrato istruttore sul *deficit* dell'onere motivazionale *de quo*. Né allo scopo appare rilevante la breve esposizione delle esperienze seguite da alcuni paesi europei, resa in sede di controdeduzioni, la quale mira a delineare un quadro puramente teorico, piuttosto che a fornire chiarimenti sulle valutazioni "concrete ed effettive" condotte dall'Amministrazione in merito alla decisione di fare ricorso ad un modulo societario.

L'opzione per tale modalità organizzativa e per lo specifico "tipo" viene, dunque, definita in modo apodittico, peraltro ritenendo che l'art. 3, comma 1, del D.lgs. 175/2016 individui espressamente tale forma giuridica quale "modello d'elezione per la partecipazione pubblica". Nella Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo del T.U.S.P. è, invece, chiarito che nel citato art. 3, comma 1, "vengono individuati i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione" (ossia, società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa), senza creare alcun ordine di preferenza tra gli stessi.

4.1.4.3.2. Inoltre, il Collegio osserva che la decisione di costituire la nuova entità giuridica nelle forme del tipo "società consortile a responsabilità limitata" - oltre alle illustrate carenze motivazionali - non appare superare neanche il parametro della ragionevolezza, proprio in considerazione delle caratteristiche strutturali del prototipo "comunità energetica rinnovabile".

Sul punto, appare utile rammentare che la normativa di settore configura quest'ultima come un "soggetto giuridico": a) autonomo rispetto ai propri partecipanti, che possono essere persone fisiche, PMI, enti territoriali o Autorità locali, imprese etc.; b) teso a perseguire l'obiettivo principale di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità e non quello di realizzare profitti finanziari; c) basato sulla partecipazione aperta e volontaria.

Sebbene il tipo s.c.a.r.l. soddisfi - come modello astratto - il requisito "soggetto dotato di autonomia" rispetto ai membri partecipanti alla stessa, sussistono dubbi in merito ad altre caratteristiche e, *in primis*, alla idoneità di garantire la partecipazione libera e volontaria dei membri della comunità.

Ai sensi dell'art. 2615-ter c.c. le società consortili hanno, come scopo sociale, quello tipico del contratto di consorzio ex art. 2602 c.c. (*i.e.*, l'istituzione di un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese); inoltre, l'atto costitutivo può stabilire l'obbligo dei soci di versare contributi in denaro (cfr. art. 2615-ter, comma 2, c.c.).

Il Collegio richiama, però, l'attenzione sulla circostanza che la società consortile (art. 2615 ter c.c.) e

il consorzio (art. 2602 c.c.) sono istituti differenti. Come osservato recentemente dalla giurisprudenza contabile, *“Il contratto consortile di cui all’art. 2602 c.c. è un contratto associativo con il quale i consorziati «istituiscono un’organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese». È un contratto tendenzialmente aperto all’adesione di altri consorziati (salvo diverse clausole statutarie) e può sciogliersi anche limitatamente al singolo consorziato che recede o viene escluso. Nei “consorzi a rilevanza interna”, l’organizzazione consortile è limitata alla gestione di alcune attività proprie dei consorziati e per le finalità tipiche di detto contratto associativo. Mentre nei “consorzi a rilevanza esterna”, l’ente di diritto privato costituito con l’adesione al contratto di consorzio può svolgere, mediante i suoi organi, attività rilevanti nei confronti dei terzi; tant’è che soggiace a precise regole di pubblicità che consente ai consorziati, per le obbligazioni che sono state assunte in nome del consorzio dai soggetti che ne hanno la rappresentanza, di godere di una responsabilità limitata al fondo consortile (art. 2615 c.c.). Le “società consortili”, invece, sono vere e proprie società commerciali che hanno come scopo sociale quello tipico del contratto di consorzio sopra richiamato (art. 2602 c.c.) (così, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazioni n. 143/2022/PASP, n. 144/2022/PASP, n. 145/2022/PASP).*

In punto di disciplina applicabile, la giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione ha affermato che la società consortile soggiace alle regole civilistiche del tipo societario prescelto (i.e., S.r.l. o S.p.A.). Non può tuttavia *in nuce* escludersi che, a determinati effetti, l’inserimento della causa consortile in una certa struttura societaria possa comportare un’implicita deroga ad alcune disposizioni altrimenti applicabili a quel particolare tipo di società, qualora l’applicazione di queste ultime si rivelasse incompatibile con aspetti essenziali del fenomeno consortile. La riconosciuta autonomia statutaria deve essere, quindi, esercitata nei limiti delle regole di *corporate governance* dettate per la società di capitali optata; ciò in quanto, come chiarito dai formanti consolidati della Corte di Cassazione *“non si può ammettere che vengano stravolti i connotati fondamentali del tipo societario prescelto, al punto da renderlo non più riconoscibile rispetto al corrispondente modello legale* (così, Cass., sez. trib. 24 luglio 2020, n. 15863; Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2017, n. 7473; Cass. civ., sez. I, 19 aprile 2016, n. 7734; Cass. civ., sez. I, 27 novembre 2003, n. 18113).

Nell’ambito di questa cornice, il Collegio osserva che la s.r.l. o la società azionaria, ai cui *framework* normativi le società consortili ex art. 2615 *ter* c.c. tendono, sono strutture societarie cd. a capitale fisso. In queste fattispecie, l’ingresso dei nuovi soci può avere luogo, in estrema sintesi, attraverso le seguenti modalità: i) trasferimento della partecipazione già in circolazione in quanto detenuta da un socio; ii) delibera di aumento di capitale anche mediante offerta di quote di nuova emissione a terzi e sottoscrizione dello stesso (o di una parte) ad opera del nuovo socio, da liberarsi mediante conferimento in denaro o natura, con modifica dell’atto costitutivo.

In tale ultimo caso e con specifico riguardo alla società a responsabilità limitata - tipo di società consortile opzionato dall’Ente – l’ingresso di nuovi soci nella compagine sociale potrebbe peraltro

trovare un ostacolo nell'esercizio, da parte di uno o più quotisti, del diritto di opzione (*recte* diritto di sottoscrizione) riconosciuto dall'art. 2481-bis c.c. a tutela del carattere personalistico della società a responsabilità limitata. Nella Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante: *"Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366"* è tuttavia prevista la possibilità di escludere il diritto di opzione; ciò però *"presuppone un'apposita previsione dell'atto costitutivo e che in tal caso è riconosciuto al socio il diritto di recesso di fronte all'eventualità di veder modificato contro la propria volontà il suo ruolo nella società"*. In tale direzione, è altresì orientata la giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr. *ex plurimis*, Cass. civ. sez. I, 2 novembre 2015, n. 22349).

Anche accantonando, pertanto, la problematica relativa al diritto di sottoscrizione dei quotisti in sede di aumento di capitale, le regole di "ingresso" di nuovi soci nella compagine sociale dettate per le società a capitale fisso non sembrerebbero comunque garantire il principio della partecipazione aperta e volontaria; nel quadro delineato dal legislatore nazionale e dal legislatore europeo, il modello della *"comunità energetica rinnovabile"* è concepito come un'entità giuridica autonoma caratterizzata da un alto livello di fluidità in ingresso e uscita dei soci, con una significativa riduzione degli oneri amministrativi.

Le considerazioni che precedono avrebbero dovuto indurre l'Ente ad effettuare un'analisi comparata con altri modelli organizzativi, all'uopo più funzionali rispetto alle caratteristiche della comunità *de qua*.

Il Comune si è invece limitato ad introdurre clausole statutarie specifiche di ingresso dei nuovi quotisti. Più in dettaglio, lo Statuto della CER Montevarchi-Valdarno s.c.a.r.l. richiama all'art. 4, comma 11, il principio *de qua* e agli artt. 7 e 8 detta regole sull'ammissione di un nuovo socio, adottando tuttavia modalità non coerenti con quelle suesposte per il tipo societario a capitale fisso. Difatti, i soggetti che desiderano aderire alla società o rendersi acquirenti e/o sottoscrittori di quote ordinarie e/o speciali o che comunque attribuiscono il diritto di voto in assemblea ordinaria, dovranno presentare domanda scritta all'organo amministrativo illustrando brevemente le proprie attività e rendendo le dichiarazioni di cui all'art. 7, comma 2, dello Statuto. L'ammissione di nuovi soci sarà subordinata alla verifica da parte del Consiglio di Amministrazione della sussistenza in capo all'aspirante socio dei requisiti previsti; l'organo amministrativo provvederà entro trenta giorni dal ricevimento della domanda a dare comunicazione al richiedente dell'espressione positiva o negativa del gradimento.

Tali moduli procedurali sono tuttavia propri delle società cd. a capitale variabile, quali le società cooperative che hanno scopo mutualistico. Per questo "tipo" l'art. 2528 c.c. *"Procedura di ammissione a carattere aperto della società"* disciplina le modalità d'ingresso dei nuovi soci, informandole al principio delle cd. "porte aperte". In questi casi, la mancanza di una determinazione fissa del

capitale sociale consente l'ingresso di un nuovo socio nella compagine sociale senza dover procedere ad una modifica dell'atto costitutivo, essendo allo scopo sufficiente l'adozione di apposita deliberazione da parte degli amministratori, a seguito della domanda dell'interessato.

L'art. 2528 c.c. non trova, però, applicazione alla società consortile ex art. 2615-ter c.c., il quale si cura - in base all'interpretazione consolidata della giurisprudenza della Corte di Cassazione - di rinviare alla disciplina del tipo prescelto (s.r.l. o società azionaria) e di prevedere la possibilità di introdurre nell'atto costitutivo l'obbligo dei soci di versare contributi in denaro; non vi è pertanto alcun richiamo espresso alla citata previsione, coniata per le società cooperative.

L'inserimento delle clausole di cui agli artt. 7 e 8 dello Statuto porta a "snaturare" i connotati fondamentali del tipo societario prescelto (i.e., S.r.l.), rendendone dubbia la riconoscibilità rispetto al corrispondente modello legale. In ragione di ciò, tali disposizioni si pongono su un piano diverso dalle altre clausole statutarie che sono state inserite per tener conto della peculiarità del fenomeno consortile (come, ad esempio, quella sul divieto di distribuzione degli utili tra i soci, coerentemente prevista dall'Ente).

Analoghe considerazioni possono essere svolte per le previsioni statutarie che assumono un regime di responsabilità non in linea con la struttura del "tipo" prescelto, dotato di personalità giuridica e di autonomia patrimoniale perfetta. Il riferimento è, in particolare, all'art. 8, comma 5, dello Statuto nella parte in cui prevede *"5. Per le obbligazioni assunte dagli organi sociali per conto dei singoli soci, questi ultimi ne rispondono in proprio in via esclusiva"*.

Il Collegio rammenta che l'esercizio dell'autonomia statutaria incontra un limite invalicabile nella norma imperativa posta a presidio di una caratteristica indefettibile delle società di capitali (i.e., il regime limitato di responsabilità). Sul punto, la giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione ha affermato che: *"tra questi connotati fondamentali, per quel che in particolare riguarda la società a responsabilità limitata, incontestabilmente è compresa la regola che l'art. 2472, primo comma, c.c. ricollega alla nozione stessa di tale società, ossia la regola per la quale è unicamente la società a rispondere col proprio patrimonio delle obbligazioni sociali. E questa, dunque, la disposizione destinata ad applicarsi ai consorzi costituiti in forma di società a responsabilità limitata, ai sensi dell'art. 2615-ter c.c., e non la diversa disciplina dettata per i consorzi in genere del precedente art. 2615 c.c."* (Cass. civ., sez. V, 28 luglio 2020, n. 16147; Cass. civ., sez. trib., 24 luglio 2020, n. 15863; Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2017, n. 7473; Cass. civ., sez. I, 27 novembre 2003, n. 18113; Tribunale Milano Sez. spec. in materia di imprese, sentenza 13 dicembre 2019).

Inoltre, il principio della partecipazione volontaria e aperta a tutti i soggetti interessati (consumatori, produttori, nonché produttori che siano anche consumatori, cc.dd. *prosumers*) e l'espressa menzione dei consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili, ad opera dell'art. 31, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 199/2021, sembra ammettere come membri della comunità

- e, quindi, come soci - anche “soggetti non imprenditori”. Ciò però, a stretto rigore, pone problemi di compatibilità tra il tipo di società consortile scelto dall’Amministrazione (art. 2615 *ter* c.c.) e la previsione recata dall’art. 2602 c.c. Il Collegio non ignora che, nel corso degli ultimi anni, si è andato diffondendo anche il modello delle cc.dd. società consortili miste, partecipate da soci imprenditori e non imprenditori; tuttavia, preme evidenziare come tali fattispecie appaiano relegate a specifiche ipotesi, diverse da quella in discorso.

Dalla disamina dello Statuto emerge, dunque, una commistione tra regole sul funzionamento di “tipi” differenti, indice della più volte ricordata assenza di approfondimenti istruttori da parte del Comune.

Da ultimo, il Collegio osserva che l’Ente acquisirà una partecipazione “pulviscolare” nella CER Montevarchi-Valdarno s.c.a.r.l.; secondo le informazioni desumibili dalla composizione del capitale sociale previste nello Statuto e nell’Atto costitutivo, la società sarà infatti sottoposta al controllo di diritto del socio Energy Montevarchi s.r.l. che ne deterrà il 99,99 per cento.

Sul punto, si osserva come la titolarità di una partecipazione pulviscolare sia stata ritenuta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, in linea teorica, ammissibile (Corte cost., sentenza n. 201/2022); ciò però impone di motivare in modo ancora più rigoroso la determinazione assunta in quanto l’esiguità della partecipazione è inidonea a consentire al Comune di incidere effettivamente sulle decisioni della società, cioè di realizzare una reale influenza per il conseguimento del c.d. fine pubblico, in presenza di interessi potenzialmente. Tali carenze non possono ritenersi “sanate” dalle previsioni statutarie che attribuiscono al Comune la designazione di due componenti del Consiglio di Amministrazione (Presidente e consigliere di amministrazione).

I restanti profili relativi all’art. 5, comma 1, e art. 4 del T.U.S.P., oggetto di rilievi del Magistrato istruttore, si intendono assorbiti, atteso che i *deficit* motivazionali dell’atto deliberativo, trattati nei precedenti punti, consentono di ritenere non supportato da adeguata motivazione il profilo della stretta necessità del modulo societario e del tipo “società consortile a responsabilità limitata” per il perseguimento delle finalità istituzionali, limitatamente alle attività consentite (v. *supra* pt. 4.1.3.3.1.); inoltre, il forte scostamento delle clausole statutarie dalle regole del tipo prescelto priva la decisione assunta degli ordinari canoni di ragionevolezza.

4.2. I parametri “economici” del controllo e il perimetro di sindacato della Corte dei conti.

Tra i profili di carattere economico-finanziario che, in base all’art. 5, commi 1 e 3, TUSP devono integrare il tessuto motivazionale degli atti in questione, un ruolo centrale è rivestito dai concetti di sostenibilità finanziaria e convenienza economica.

Le valutazioni circa “la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria” dell’operazione di investimento in una società neocostituita o già esistente, da cui conseguono anche le valutazioni relative alle possibilità alternative della gestione diretta o esternalizzata e alla compatibilità della

scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, costituiscono un onere gravante sull'amministrazione interessata all'operazione; quest'ultima è tenuta ad effettuare i necessari approfondimenti istruttori che devono sorreggere la scelta e confluire nella motivazione analitica dell'atto deliberativo conclusivo, da sottoporsi poi alla nuova forma di scrutinio riservata alla Corte dei conti. Sussiste, pertanto, una netta separazione di ruoli e funzioni nonché di ambiti di valutazione che vedono come soggetto destinatario l'amministrazione e quelli del successivo sindacato rimesso alla Corte dei conti sugli atti deliberativi adottati, con riguardo a tali aspetti.

L'art. 5 del T.U.S.P. assegna alla Corte dei conti un sindacato generalizzato sull'atto deliberativo adottato dall'Amministrazione, teso a verificarne, per quanto rileva in questa parte, i profili della sostenibilità finanziaria e della convenienza economica dell'operazione.

Il Collegio rammenta che, in questi ambiti, l'Amministrazione esercita un potere caratterizzato da discrezionalità tecnica, essendo chiamata a fare applicazione di criteri, regole e canoni propri di conoscenze specialistiche diverse dalla scienza giuridica, richiamati in modo diretto dalle norme. Nel caso di specie vengono in rilievo giudizi tecnici basati su competenze del settore aziendalistico e finanziario, caratterizzati da margini di opinabilità, in quanto non suffragati da scienze esatte o da relazioni universalmente accettate. La natura del potere esercitato conforma la tipologia di sindacato riservato al giudice, ivi incluso quello contabile in sede di verifica degli atti deliberativi di cui all'art. 5 in discorso.

Al riguardo, appare utile richiamare la giurisprudenza amministrativa, la quale – ispirata alla ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra le esigenze di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che spetta all'amministrazione – ha precisato che quest'ultimo può *"sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine ed il processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato"* (Cons. St., Sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873). Con riguardo alle valutazioni tecniche *"anche quando riferite ai c.d. 'concetti giuridici indeterminati', la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità"* (cfr. *ex plurimis* Cons. St., Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302; Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479).

Con particolare riguardo al sindacato della magistratura contabile sui parametri economici, le Sezioni riunite in sede di controllo deliberazione n. 16/SSRRCO/2022/QMIG hanno enunciato il

seguente principio di diritto “nell'esame previsto dall'art. 5, comma 3, del TUSP sui parametri della sostenibilità finanziaria e della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, la competente Sezione della Corte dei conti verifica la completezza e l'adeguatezza degli approfondimenti condotti dall'amministrazione, anche in ragione della complessità dell'operazione sottoposta ad esame, nonché l'affidabilità e attendibilità delle stime effettuate, ai fini di una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni cui perviene l'amministrazione”.

È pertanto entro il perimetro anzidetto che questa Corte potrà scrutinare l'atto deliberativo del Consiglio comunale n. 5/2023, sottoposto al suo esame ex art. 5 del T.U.S.P. dal Comune di Montevarchi.

4.2.1. Onere analitico di motivazione della sostenibilità finanziaria (art. 5, commi 1 e 3, TUSP).

Con riguardo al parametro “sostenibilità finanziaria” le Sezioni riunite in sede di controllo deliberazione n. 16/SSRRCO/2022/QMIG hanno affermato che “il concetto di sostenibilità finanziaria assume una duplice accezione: una di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell'operazione di investimento societario che l'amministrazione intende effettuare; l'altra di carattere soggettivo, tesa a ponderarne gli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato”.

Nel perimetro tracciato dal principio di diritto richiamato, il Collegio procede allo scrutinio – nei limiti poc'anzi espressi – della sostenibilità oggettiva e soggettiva dell'operazione.

4.2.1.1. (segue): sostenibilità oggettiva.

La sostenibilità finanziaria oggettiva si riferisce alla capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale di previsione, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale. Così definita, quest'ultima deve essere attentamente scandagliata dall'Amministrazione pubblica, nell'ambito del proprio iter istruttorio interno, facendo ricorso agli strumenti messi a disposizione dalle scienze aziendalistiche. Tra di essi, senza pretesa di esaustività, va richiamata la necessità che l'atto deliberativo di costituzione societaria o di acquisizione di partecipazioni sia quanto meno suffragato dallo sviluppo di un approfondito *Business Plan* (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende avviare o proseguire.

4.2.1.2. Quanto al relativo contenuto, il predetto documento, nella prospettiva della pianificazione aziendale, deve fornire gli elementi descrittivi relativi all'operazione societaria che si intende eseguire: nel caso di acquisto di partecipazioni, occorrerà fornire un quadro della società in cui si intende investire, che ne riepiloghi l'evoluzione operativa ed economica degli ultimi esercizi; nel caso di nuova iniziativa sarà necessario esternare le linee generali del progetto, con particolare riferimento al contesto del mercato di riferimento, in termini di domanda potenziale e di offerta già esistente, e al posizionamento strategico che la società si prefigge di conseguire.

Le Sezioni riunite in sede di controllo deliberazione n. 16/SSRRCO/2022/QMIG hanno precisato

che “*tali elementi costituiscono le ipotesi di fondo sulla base delle quali devono essere sviluppate le previsioni finanziarie, sia di conto economico (quindi riportando le stime dei costi e dei ricavi) sia relative ai cash flow complessivi, ossia ai flussi finanziari derivanti dalle varie aree gestionali (attività operativa, attività di investimento e attività di finanziamento come definiti nel principio contabile OIC 10 “Rendiconto finanziario”). Parimenti, l’esercizio di previsione deve riguardare la situazione patrimoniale prospettica della società che ci si accinge a costituire o partecipare, delineandone l’evoluzione delle attività (liquide, correnti o immobilizzate) e delle relative fonti di finanziamento (passività e patrimonio netto)”.*

Le previsioni dello studio di fattibilità devono essere accompagnate da apposite note esplicative che, nel rispetto dei principi di trasparenza e chiarezza, ne espongano le ipotesi di sviluppo. Andrà in particolare esplicitata la natura dei ricavi (ad esempio, se consistenti in trasferimenti pubblici o ricavi da prestazioni di beni e servizi) e la relativa struttura (quali, le ipotesi circa la determinazione del fatturato in termini di volumi e i prezzi dei prodotti/servizi resi); specularmente dovrà essere descritta la composizione ed evoluzione dei costi, sia variabili sia fissi, con specifico riguardo a quelli strutturali, quali le esigenze di personale e gli oneri finanziari. Ciò anche al fine di mettere in luce il momento di pareggio aziendale (*break even point*) in cui il flusso atteso di ricavi sarà in grado di garantire la copertura dei costi complessivi stimati.

Nella prospettiva della trasparenza e della semplificazione, le proiezioni economico-finanziarie del *business plan* (d’ora in poi, anche, BP) possono essere opportunamente accompagnate dall’elaborazione di alcuni indicatori di bilancio, i quali restituiscono, in via sintetica, valutazioni sui principali aspetti gestionali: quali la redditività, la liquidità e l’indebitamento.

In questo quadro, il principio di prudenza richiama l’opportunità di integrare l’analisi del BP con l’individuazione dei rischi principali legati all’iniziativa, in grado di incidere sulle proiezioni finanziarie sviluppate. Ciò consente, attraverso l’analisi di sensitività, di definire anche scenari alternativi, più avversi rispetto a quello di base utilizzato per le previsioni, mettendone in luce le conseguenze sui risultati delle stime effettuate.

4.2.1.3. Quanto al profilo della sostenibilità finanziaria, la verifica deve aver ad oggetto il piano finanziario sviluppato dall’amministrazione, valutandone la completezza e l’adeguatezza di approfondimento. In particolare, le Sezioni riunite in sede di controllo, con deliberazione n. 16/SSRRCO/2022/QMIG, hanno precisato che “*il requisito della completezza implica la verifica che l’istruttoria condotta dall’amministrazione contenga tutti gli elementi informativi per la comprensione del progetto deliberato. Il parametro dell’adeguatezza, invece, si riferisce alla valutazione dell’intensità degli approfondimenti istruttori richiesti, da modularsi in chiave proporzionale rispetto al grado di complessità dell’operazione societaria deliberata. Ulteriori profili di scrutinio ad opera della competente sezione di controllo della Corte dei conti attengono all’affidabilità e attendibilità del Business Plan o di altra documentazione istruttoria relativa alla fattibilità economico-finanziaria dell’operazione. Il criterio dell’affidabilità attiene al*

procedimento per la formulazione delle proiezioni del piano, sotto il profilo dei dati utilizzati e del metodo di elaborazione; quello dell'attendibilità, invece, postula una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni che l'amministrazione trae in merito alla sostenibilità finanziaria dell'operazione. Nel caso di acquisizione di partecipazioni in realtà societarie già esistenti, il giudizio di attendibilità dovrà altresì tenere in considerazione la coerenza delle previsioni formulate con i dati di bilancio disponibili per il passato".

4.2.1.4. Tanto premesso, il Comune di Montevarchi ha trasmesso l'atto deliberativo n. 5/2023, unitamente allo Statuto e all'Atto costitutivo, senza allegare alcuna documentazione finanziaria sulla fattibilità economica dell'operazione. Al fine di accertare l'eventuale esistenza di ulteriori atti (ad esempio, studio di fattibilità dell'operazione di costituzione o *business plan*) redatti a supporto delle determinazioni assunte nella deliberazione n. 5/2023, il Magistrato formulava specifica richiesta, invitando l'Amministrazione a trasmettere l'eventuale ulteriore documentazione. A riscontro, il Comune di Montevarchi ha rappresentato che *"nell'ambito della procedura di partenariato pubblico privato, approvata con deliberazione della Giunta comunale n. 170 del 29.06.2022 e successivamente integrata con deliberazione del Consiglio comunale n. 59 DEL 12/07/2022, ha inteso avviare la procedura, ad evidenza pubblica per la realizzazione di impianti di produzione da fonti energetiche rinnovabili e di una comunità energetica rinnovabile nel medesimo Comune, svolgendo preliminarmente, l'analisi dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP, al fine di verificare la possibilità di trasferimento all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o del rischio di domanda dei servizi resi nonché, per i contratti di concessione, del rischio operativo. Per l'occasione è stato predisposto il Piano economico finanziario asseverato, la relazione al PEF, la Relazione illustrativa al PSC a fondamento delle determinazioni assunte con la deliberazione consiliare n. 5/2023 di costituzione della Comunità energetica rinnovabile in oggetto. (omissis). Pertanto si comunica che non ci sono altri studi di fattibilità dell'operazione (business plan o atti similari) ulteriori rispetto a quelli oggetto gara a fondamento delle determinazioni assunte nella richiamata deliberazione consiliare n. 5/2023"* (così, nota prot. n. 943/2023).

4.2.1.5. Tanto precisato, il Collegio ritiene che l'atto deliberativo all'esame risulti privo anche dei minimi elementi motivazionali in punto di sostenibilità finanziaria dell'operazione di costituzione della Comunità energetica di Montevarchi-Valdarno s.c.a.r.l. Ciò è ben visibile dalla disamina dell'atto deliberativo n. 5/2023, in cui l'Ente omette ogni valutazione sul parametro finanziario in esame.

Tale decisione non è stata, infatti, suffragata dallo sviluppo di un seppur sintetico *business plan* (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) della specifica attività di impresa che si intende avviare.

Le considerazioni svolte non paiono superabili neppure a seguito dell'ulteriore documentazione specificatamente indicata dal Comune in sede istruttoria a fondamento della determinazione di cui

all'atto consiliare in discorso. Questa difatti non risulta pertinente, in quanto riguarda la procedura di affidamento mediante partenariato pubblico privato ex art. 180 e ss. d.lgs. n. 50/2016 avente ad oggetto *“la realizzazione di impianti di produzione da fonti energetiche rinnovabili e di una comunità energetica rinnovabile nel Comune di Montevarchi”*, approvata con deliberazione della Giunta comunale n. 170 del 29/6/2022 e successivamente integrata con deliberazione del Consiglio comunale n. 59 del 12/7/2022. Nella Relazione al Piano Economico Finanziario (cd. PEF) – che figura tra i documenti cui rinvia l'Ente in sede istruttoria, posti a base della citata gara – si legge infatti che *“Il presente elaborato costituisce la relazione al Piano Economico Finanziario relativo alla proposta di Concessione a servizio del Comune di MONTEVARCHI (AR). Il documento costituisce parte integrante della proposta che il proponente presenta all'Amministrazione Comunale ai sensi dell'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016”*. Al riguardo, si rammenta che l'art. 183, comma 15, recita: *“Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità (omissis). La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione (omissis)”*.

La documentazione richiamata, dunque, non contiene – anche in ragione del disposto normativo di cui all'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016 (*“proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità”*) – alcuno studio di fattibilità specifico sulla costituzione della società Comunità energetica di Montevarchi Valdarno s.c.a.r.l. né alcuna valutazione economica in ordine alla stessa; difatti, i riferimenti alla comunità energetica sono effettuati solo da un punto di vista tecnico-operativo, prescindendo dalle specifiche economico-finanziarie della società.

Sul punto si rammenta, peraltro, che la funzione di controllo ex art. 5, comma 3, T.U.S.P. è esercitata solo con riguardo all'atto deliberativo consiliare n. 5/2023 relativo alla costituzione della CER Montevarchi - Valdarno scarl e per i parametri indicati dal legislatore, esulando dalla cognizione di questa Corte ogni valutazione sull'intera operazione di *project financing*.

Ciò posto, questa Sezione prende altresì atto delle precisazioni rese dall'Ente sull'inesistenza di ulteriore documentazione redatta per la vicenda societaria *de qua*.

Nel delineato quadro, il Collegio richiama l'attenzione sulla circostanza che lo studio di fattibilità costituisce il perno centrale di ogni valutazione sulla sostenibilità finanziaria di un'operazione societaria, in quanto consente all'Amministrazione interessata di acquisire ogni elemento utile per l'assunzione di decisioni ben ponderate. Nell'ipotesi in cui la determinazione di costituzione o acquisto di partecipazione si inserisca nell'ambito di un più ampio progetto avente ad oggetto una pluralità di interventi, come nel caso in esame, è d'uopo precisare che l'analisi di fattibilità può ben comprendere anche le linee generali dell'iniziativa nel suo complesso; ciò però non esonera l'Amministrazione procedente dal motivare analiticamente la scelta specifica effettuata di costituire

un organismo partecipato sotto il profilo della sostenibilità finanziaria, con particolare riferimento al contesto del mercato di riferimento, in termini di domanda potenziale e di offerta già esistente, e al posizionamento strategico che la società si prefigge di conseguire, ai “ricavi” e ai “costi”; tali analisi naturalmente devono essere modulate dal Comune in ragione dello specifico oggetto sociale dell’organismo partecipato.

Tali fattori assumono rilievo anche nella prospettiva di assicurare un’adeguata capitalizzazione della società. È ampiamente noto il dibattito sulla “*congruità del capitale sociale*” per il conseguimento dell’oggetto sociale che, in anni risalenti, aveva indotto la giurisprudenza civilistica di merito a negare l’omologazione dell’atto costitutivo in quanto l’insufficienza dei mezzi finanziari poteva determinare l’impossibilità di conseguire l’oggetto sociale, integrando, per l’effetto, la relativa causa di scioglimento. È parimenti acquisito che, nella successiva evoluzione giurisprudenziale e normativa (v. ad esempio, s.r.l. in forma semplificata) l’entità del capitale sociale iniziale di per sé non costituisce un indice decisivo per valutare la possibilità di conseguimento dell’oggetto sociale in ragione, anche dei plurimi mezzi di finanziamenti cui le società di capitali potenzialmente possono attingere. Ciononostante, nel caso di società pubbliche e anche in considerazione dei peculiari regimi cui ogni finanziamento deve essere informato (ad es., disciplina in materia di aiuti di stato, divieto di soccorso finanziario etc.), la giurisprudenza contabile ha ritenuto che “*un elemento da cui ex ante può desumersi un difetto di motivazione sotto il profilo della adeguata valutazione sulla sostenibilità finanziaria, è quello di una evidente sottocapitalizzazione della società che l’ente intende costituire. Una società c.d. sottocapitalizzata ha in sé il rischio che la stessa, per esercitare la sua attività d’impresa, dovrà ricorrere a indebitamento presso soggetti terzi che, a loro volta, erogheranno il finanziamento solo a fronte di rilascio di garanzie personali e/o reali da parte dell’Amministrazione socia*” (cfr. *ex plurimis* Sezione regionale di controllo per la Lombardia deliberazioni n. 215/2022/PASP, n. 161/2022/PASP).

Per quanto riguarda i ricavi della CER e il loro sviluppo, nell’atto deliberativo e nella documentazione richiamata non sono disponibili informazioni relative alla loro costruzione né è stato comunicato se siano state fatte indagini preliminari per verificare un eventuale interesse della popolazione a supporto delle ipotesi della curva di domanda dei consumatori e della curva di offerta dei produttori. Parimenti, non risulta effettuata alcuna analisi sui costi, ivi inclusa la componente relativa alle spese di personale. Sul punto si osserva come l’art. 4 dello Statuto, affermi, da un lato, che la società, per lo svolgimento delle proprie attività, si avvarrà in modo prevalente dell’attività di volontariato prestata dai propri soci (comma 2); dall’altro, che la stessa si avvarrà prioritariamente del proprio personale e delle strutture messe a disposizione dai propri soci (comma 9). Le due disposizioni, oltre a risultare contraddittorie tra loro, ingenerano dubbi in merito sia all’effettiva “consistenza” dell’onere gravante sulla CER Montevarchi-Valdarno s.c.a.r.l. per costi di personale,

sia all'adeguatezza del personale (in termini sia quantitativi che qualitativi) rispetto al perseguimento dell'oggetto sociale.

Tale dato, unitamente al numero di amministratori, assume particolare rilevanza in quanto è funzionale, da un lato, a dare evidenza dei costi sopportati dalla società e a computarli nell'ambito della valutazione complessiva di "copertura" con i ricavi; dall'altra, ad evitare che l'ente stesso si trovi a costituire una società "*che risulti[no] prive di dipendenti o abbia[no] un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti*" ex art. 20, comma 2, lett. b, T.U.S.P. (cfr. *ex plurimis* Sezione regionale di controllo per la Toscana deliberazioni n. 68/2022/VSG e n. 69/2022/VSG).

Da ultimo, il Collegio ritiene opportuno sottolineare altresì che lo Statuto prevede la possibilità di istituire comitati, oltre agli organi di *governance*. Nonostante non trovino applicazione, allo stato degli atti, le previsioni di cui all'art. 11 del T.U.S.P., costituisce principio di sana gestione finanziaria che l'azione delle società pubbliche sia informata a criteri di razionale impiego della spesa.

Al riguardo, appare utile rammentare che, ove a seguito di futuri aumenti di capitale, il Comune di Montevarchi dovesse detenere una partecipazione superiore al dieci per cento del capitale sociale dovrà proporre agli organi societari l'introduzione di misure analoghe a quelle di cui all'art. 11, commi 6 e 10, del T.U.S.P.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, il Collegio ritiene che l'assenza integrale di un *business plan* (o di altra documentazione simile) sulla specifica operazione di costituzione della CER Montevarchi-Valdarno s.c.a.r.l. precluda ogni valutazione da parte di questa Corte circa la ragionevolezza, la completezza e l'attendibilità dell'operazione, sotto il profilo della sostenibilità finanziaria oggettiva. Questa Sezione richiama l'attenzione sulla necessità di dare piena applicazione alla previsione dell'art. 5 T.U.S.P., ponendo alla base delle eventuali decisioni di acquisizione di partecipazioni o di costituzione di nuove società una robusta analisi economico-finanziaria sulla fattibilità dell'operazione (cfr. *supra* punti 4.2., 4.2.1., 4.2.1.1., 4.2.1.2 e 4.2.1.3).

4.2.2. (segue): sostenibilità finanziaria soggettiva.

4.2.2.1. La sostenibilità finanziaria dell'operazione di costituzione o di acquisto di partecipazioni societarie deve essere valutata anche con riguardo alla situazione specifica dell'amministrazione procedente.

In via preliminare e con esclusivo riguardo ai conferimenti dell'Amministrazione, il Collegio rileva che l'operazione produce un esborso esiguo a carico del bilancio dell'ente in ragione della circostanza che verrà a detenere una partecipazione dello 0,01 per cento.

Ciò precisato, questa Sezione sottolinea, tuttavia, come, in una prospettiva più ampia, l'istruttoria condotta non consenta di escludere effetti finanziari indiretti per l'Ente, dovuti all'applicazione di alcune clausole statutarie non pienamente in linea con i principi di sana gestione finanziaria. Tali

profili non sono stati attenzionati dall'Ente in sede di adozione dell'atto deliberativo in esame.

4.2.2.2. In primo luogo, viene in rilievo l'art. 9 *"Contributo annuale dei soci"* dello Statuto recita: *"La Società potrà richiedere ai soci contributi annuali, che saranno determinati dall'Assemblea dei Soci, su proposta del Consiglio di Amministrazione. Per i soggetti pubblici detti contributi saranno determinati nei limiti previsti dalla legge e dai rispettivi ordinamenti e bilanci. Le poste contabili saranno separatamente individuate in bilancio. La determinazione, le modalità ed i tempi di versamento delle quote annuali di contribuzione alle spese di funzionamento di cui all'art. 2615-ter c.c. è regolata nell'apposito regolamento di disciplina del funzionamento del consorzio."*

La previsione di tale clausola statutaria trova fondamento nell'art. 2615 ter c.c., il quale recita: *"l'atto costitutivo può stabilire l'obbligo dei soci di versare contributi in denaro"*. Al riguardo la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha affermato che: *"L'obbligo di versamento dei contributi, nel caso in cui sia previsto dall'atto costitutivo, costituisce (omissis) espressione dello scopo mutualistico proprio della società, l'adesione alla quale mira ad assicurare ai partecipanti un vantaggio economico, che può consistere tanto nella riduzione dei costi sopportati quanto in un aumento dei ricavi conseguiti nella gestione delle rispettive imprese, attraverso la fruizione dei servizi resi dalla società senza l'intermediazione di terzi. La realizzazione di tale scopo ha luogo mediante la creazione di un'organizzazione sociale, le cui spese di gestione possono essere coperte sia mediante l'imposizione a carico dei soci del pagamento di un corrispettivo per la prestazione dei predetti servizi, sia attraverso la previsione del versamento di somme di denaro ulteriori rispetto ai conferimenti iniziali. Tali diverse forme di copertura costituiscono manifestazione della duplicità di rapporti che lega i soggetti consorziati alla società, inquadrandosi il pagamento del corrispettivo nel rapporto di scambio inerente alla fruizione del servizio da parte del singolo socio, ed il versamento del contributo nel rapporto associativo sotteso all'esercizio in comune dell'attività economica, quale prestazione accessoria rispetto al conferimento, prevista dallo art. 2615-ter cod. civ. in deroga alla regola generale secondo cui il socio è obbligato ad eseguire esclusivamente i conferimenti determinati dal contratto sociale. I contributi si differenziano peraltro sia dai conferimenti che da altre erogazioni effettuate dai soci a titolo di prestito in favore della società, in quanto hanno contenuto variabile e scadenza periodica, non entrano a far parte del capitale sociale e, (omissis), non danno luogo né a remunerazione né a restituzione in favore dei soci, configurandosi pertanto come finanziamenti a fondo perduto"* (così, Cass. civ., sez. I, ordinanza, 12 febbraio 2021, n. 3628; cfr. anche Sezione regionale di controllo per la Toscana, deliberazione n. 196/2022/QMIG; Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 162/2022/PASP).

Ciò posto, questa Sezione osserva che, nel caso di società pubbliche, tale clausola dovrebbe però essere accompagnata da una valutazione, da parte del medesimo socio pubblico, sulla opportuna fissazione di preventivi limiti alla possibilità di una contribuzione in corso d'esercizio. Infatti, detti contributi, seppur legittimi secondo la norma civilistica sopra richiamata, potrebbero comunque comportare una ulteriore esposizione finanziaria dell'Ente socio e, al ricorrere di determinate

condizioni, apparire elusivi del principio di divieto del c.d. soccorso finanziario (art. 14, comma 5, del T.U.S.P.). Nell'atto deliberativo n. 5/2023 e nella documentazione richiamata non figura alcuna preventiva valutazione da parte dell'Amministrazione comunale sul punto; tale *deficit* appare tanto più grave in ragione della mancanza di un *business plan* della società costituenda e, quindi, dell'assenza di qualsivoglia stima sui costi di funzionamento della stessa e, di conseguenza, della necessità e della "dimensione" di eventuali contributi annuali.

Peraltro, la circostanza che l'entità del contributo non sia ancorata a criteri predeterminati, ma venga deliberata dall'Assemblea dei soci su proposta del Consiglio di Amministrazione genera ulteriori incertezze sull'esposizione dell'Ente e potrebbe, in ultima istanza, alterare il principio dell'autonomia patrimoniale perfetta. Sul punto la giurisprudenza civilistica ha affermato che "... l'assenza di responsabilità esterna dei partecipanti che caratterizza le società di capitali ed i consorzi con attività esterna, non è compatibile con l'assunzione di una illimitata responsabilità interna quale deriverebbe ad es. da una clausola contributiva che imponesse al socio o al consorziato di versare all'ente qualsiasi somma gli fosse richiesta, attraverso una delibera assembleare o di cda al fine di soddisfare esigenze sociali o consortili; una clausola di tal fatta non sarebbe compatibile con l'intento di limitazione del rischio, posto che il livello di responsabilità interna del socio non sarebbe in alcun modo predeterminato ed egli sarebbe pertanto sempre esposto ad un rischio illimitato sebbene nei confronti di un unico creditore ossia l'ente di appartenenza" (cfr. *ex plurimis* Corte d'Appello Napoli, Sez. I, 15 maggio 2019).

4.2.2.3. Parimenti nessuna valutazione è stata effettuata in ordine alla potenziale esposizione del socio in caso di perdita di esercizio che riduca il capitale sociale di oltre 1/3 ovvero in caso di perdite superiori al capitale sociale. L'art. 6, comma 1, 2 cpv, dello Statuto prevede che al verificarsi delle predette perdite "*vi provvedono i due soci fondatori in maniera proporzionale alla propria quota di capitale sociale*" (ossia, anche il Comune). Tale previsione è stata inserita in sede di approvazione dell'atto deliberativo n. 5/2023, come si evince dalla disamina della parte narrativa, senza essere suffragata da una compiuta valutazione.

La circostanza che, allo stato degli atti, il Comune di Montevarchi detenga una partecipazione esigua non costituisce di per sé causa giustificatrice per l'introduzione di norme non in linea con il principio del divieto di soccorso finanziario.

La scarl costituenda è una società dotata di autonomia patrimoniale perfetta; sicché eventuali evoluzioni negative "straordinarie o di difficoltà" nella gestione della società devono essere governate con gli strumenti della *governance* propria del tipo prescelto (*i.e.*, s.r.l.), senza l'inserimento di clausole che possono alterarne la configurazione strutturale.

Peraltro, la clausola statutaria non sembra considerare che, "*nell'ipotesi di perdita del capitale e sua riduzione al di sotto del minimo di legge, lo scioglimento della società si produce automaticamente ed immediatamente, salvo il verificarsi della condizione risolutiva costituita dalla reintegrazione del capitale o*

della trasformazione della società, da deliberarsi, peraltro, con le maggioranze richieste per le modificazioni dell'atto costitutivo, cui detti provvedimenti danno sostanzialmente luogo (omissis), in quanto, con il verificarsi dell'anzidetta condizione risolutiva, vengono meno ex tunc lo scioglimento della società ed il diritto del socio alla liquidazione della quota" (così, Cass. civ., sez. VI, 1° febbraio 2022, n. 2984; cfr. anche Cass. civ., sez. I, 10 febbraio 2022, n. 4347; Cass. civ., sez. I, 9 aprile 2021, n. 9460; Cass. civ., sez. I, 21 ottobre 2019, n. 26773; Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2009, n. 9619).

Questa Sezione ha già osservato, in altre occasioni, che le operazioni di ricapitalizzazione per coprire le perdite strutturali, suscettibili di minacciare la continuità aziendale, *da un lato*, potrebbero impattare negativamente sui bilanci pubblici compromettendone la sana gestione finanziaria; dall'altro lato, potrebbero confliggere con le disposizioni dei Trattati europei (art. 106 TFUE), le quali vietano che soggetti che operano nel mercato comune beneficino di diritti speciali o esclusivi, o comunque di privilegi in grado di alterare la concorrenza "nel mercato" (così, Sezione regionale di controllo per la Toscana, deliberazione n. 27/2023/PASP; cfr. anche *ex plurimis* Sezione delle Autonomie, deliberazione n. 15/SEZAUT/2021/FRG; Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 96/2014/PAR). In questa prospettiva, l'introduzione del divieto di soccorso finanziario ha imposto l'abbandono della logica del cd. "salvataggio a tutti costi" della società a partecipazione pubblica, attesa la necessità di conformare l'andamento societario a canoni di efficiente gestione delle partecipazioni, tutela del mercato e della concorrenza e, specialmente dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016, razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica (cfr. *ex plurimis* Sezione regionale di controllo per la Toscana, deliberazione n. 28/2023/PASP; Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 18/2021/PAR; Sezione regionale di controllo per la Liguria, deliberazione n. 24/2017/PAR).

In conclusione, il Collegio osserva che la clausola statutaria, già contenuta nell'atto deliberativo in esame, non è provvista del necessario corredo motivazionale in termini di esposizione del socio e della sua compatibilità con il principio di sana gestione finanziaria suesposto.

4.2.3. Onere analitico di motivazione della convenienza economica e di compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità (art. 5, commi 1 e 3, TUSP).

Accanto alla sostenibilità finanziaria, la motivazione analitica dell'atto deliberativo deve esternare altresì le ragioni di convenienza economica sottese alla scelta di fare ricorso allo strumento societario. In ambito di costituzione di una società o di acquisizione di partecipazioni in un soggetto societario esistente, la valutazione di convenienza economica implica che la motivazione dia conto sia della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'amministrazione (profilo dell'efficacia), sia del corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità). In merito al primo versante, la motivazione deve rendere note le finalità perseguite mediante lo strumento societario, non solo sotto il profilo della redditività del capitale investito espressa nello

studio di fattibilità, ma anche con riguardo ai vantaggi conseguibili in termini di obiettivi di *policy*, eventualmente sintetizzabili in indicatori di *output* e *outcome*.

Quanto al secondo profilo, è lo stesso art. 5, comma 1, del T.U.S.P. ad esplicitare i termini della valutazione, che dovrà avere ad oggetto il confronto con altre soluzioni gestionali, come la gestione diretta oppure la completa esternalizzazione mediante affidamento del servizio, ove tali strade siano percorribili. Ciò dovrà avvenire comparando i benefici e i costi attualizzati delle singole soluzioni possibili.

Nella direzione della valutazione di convenienza economica, lo scrutinio dell'atto deliberativo è teso dunque ad accertare che l'istruttoria dell'amministrazione abbia confrontato i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione tenendosi conto della qualità del servizio erogato e del diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l'uno o l'altro strumento, mediante un calcolo dettagliato dei costi e dei benefici di ciascuno di essi.

4.2.3.1. Ciò posto, il Collegio rileva che l'atto deliberativo n. 5/2023 presenta, anche sotto questo profilo, l'assenza del necessario supporto motivazionale.

In primo luogo, come si è già avuto modo di esporre con riguardo al profilo della stretta necessità dello strumento societario e, nello specifico, dell'opzione per il tipo "*società consortile a responsabilità limitata*", la scelta effettuata non sempre è apparsa funzionale rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'Amministrazione. Difatti, la partecipazione volontaria e aperta della comunità energetica è stata garantita mediante la previsione di clausole statutarie relative all'ammissione del nuovo socio strutturate sul modello del cd. principio delle "porte aperte", previsto per le società cooperative, in tal modo "snaturando" la disciplina dettata per le società a capitale fisso. Ciò militerebbe a conforto della non piena efficacia del modello prescelto rispetto all'obiettivo da conseguire.

Secondariamente, dall'esame dell'atto deliberativo non è emerso alcun raffronto tra i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione.

Il punto 3.2. dell'Allegato A della deliberazione dell'ARERA n. 318/2020/R/EEL "*Regolazione delle partite economiche relative all'energia elettrica condivisa da un gruppo di autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente in edifici e condomini oppure condivisa in una comunità di energia rinnovabile*", individua, a titolo meramente esemplificativo, alcuni potenziali modelli che possono essere utilizzati per la costituzione delle comunità energetiche; l'analisi dell'Ente avrebbe potuto prendere le mosse da tale previsione, in aggiunta ad altri moduli organizzativi, e valutare, in riferimento al caso specifico e in chiave comparata, la funzionalità dei differenti modelli (non societari e societari, nonché tra tipi), il diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l'uno o l'altro strumento, anche mediante una stima analitica dei costi e dei vantaggi di ciascuno di essi.

In conclusione, il Collegio richiama l'attenzione sull'importanza che future ed eventuali operazioni societarie che l'Ente dovesse ritenere di avviare siano corredate di un idoneo *corpus* motivazionale

anche sulla convenienza economica e sulla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità.

5. Valutazioni conclusive della Corte dei conti e facoltà dell'Amministrazione di procedere egualmente (art. 5, comma 4, TUSP).

Dall'esame condotto sull'atto deliberativo n. 5/2023, sono emerse diverse criticità, meglio dettagliate nei precedenti punti. La Sezione ha difatti ritenuto le meritevoli finalità, cui le comunità energetiche sono volte, non sufficienti di per sé a suffragare le ragioni fondanti la costituzione della società in esame; difatti, nell'esercizio della funzione di controllo sull'atto deliberativo *de quo* viene in rilievo non la scelta in sé dell'Ente di partecipare ad una comunità energetica rinnovabile, quanto la decisione di conseguire tale obiettivo mediante il ricorso ad un modulo organizzativo di tipo societario.

Non rinvenendo nella legislazione europea e nazionale alcuna disposizione che imponga l'adozione della forma societaria per le comunità energetiche, ovvero che esoneri l'Amministrazione procedente dall'onere motivazionale rafforzato di cui agli artt. 5, comma 1, e 4 T.U.S.P., la determinazione assunta dal Comune di Montevarchi di costituire una comunità energetica in forma di società avrebbe richiesto, da parte dell'ente, un analitico scrutinio sulla coerenza della partecipazione con le proprie finalità istituzionali e sulla necessità del ricorso al modulo societario per il perseguimento delle stesse, evidenziando, altresì, le ragioni giustificative di tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria.

L'esame dell'atto deliberativo n. 5/2023, partitamente per ciascuno dei parametri giuridici ed economico-finanziari ex art. 5, comma 1, T.U.S.P. ed in relazione alle caratteristiche proprie delle comunità energetiche rinnovabili (*i.e.*, soggetto autonomo, libertà delle forme, partecipazione aperta e volontaria etc.), ha evidenziato notevoli carenze motivazionali, meglio dettagliate ai precedenti punti e ai quali si rinvia; peraltro, la decisione di costituire la nuova entità giuridica nelle forme del tipo "*società consortile a responsabilità limitata*" solleva dubbi di coerenza tra le clausole statutarie pattuite e le regole ordinarie di tale tipo societario.

L'oggetto sociale della costituenda società contempla, inoltre, lo svolgimento anche di attività non immediatamente riconducibili alle finalità istituzionali di un ente comunale (*i.e.*, attività di ricerca, cfr. *supra* pt. 4.1.3.3.2.); da ciò discende che solo alcune attività della CER Montevarchi-Valdarno s.c.a.r.l. sono ricollegabili alle funzioni comunali (cfr. *supra* pt. 4.1.3.3.1.).

L'assenza integrale di un *business plan* (o di altra documentazione similare) sulla specifica vicenda di costituzione della CER Montevarchi-Valdarno scarl ha, infine, precluso a questa Corte ogni valutazione circa la ragionevolezza, la completezza e l'attendibilità dell'operazione, sotto il profilo della sostenibilità finanziaria oggettiva. Sono stati altresì messi in luce profili di criticità con riguardo alla sostenibilità finanziaria soggettiva dell'operazione in relazione a specifiche previsioni statutarie

(cfr. *supra* pt. 4.2.2)

Ciò posto, va comunque ricordato che - ai sensi dell'art. 5, comma 4, del T.U.S.P. - in caso di parere in tutto o in parte negativo, l'Amministrazione pubblica interessata ha la facoltà di procedere egualmente; in tale ipotesi quest'ultima è, tuttavia, tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere di questa Corte e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni.

P.Q.M.

la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Toscana, ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, come modificato dall'art. 11 della legge 5 agosto 2022, n. 118, esprime parere parzialmente negativo per le considerazioni esposte in parte motiva

DISPONE

la trasmissione della deliberazione, a cura della Segreteria della Sezione, entro cinque giorni dal deposito, al Comune di Montevarchi, in persona del Sindaco, e al Consiglio comunale ai sensi dell'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016

ORDINA

al Comune di Montevarchi di pubblicare la presente deliberazione, entro cinque giorni dalla ricezione, nel proprio sito istituzionale ai sensi dell'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016.

Manda alla Segreteria per gli adempimenti di rito.

Così deciso in Firenze, nella Camera di consiglio del 30 marzo 2023.

Il Relatore
Anna Peta
(firmato digitalmente)

Il Presidente
Maria Annunziata Rucireta
(firmato digitalmente)

Depositata in Segreteria il 30 marzo 2023.

Il Funzionario incaricato
Claudio Felli
(firmato digitalmente)