



REPUBBLICA ITALIANA
CORTE DEI CONTI
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
CAMPANIA

CAMPANIA 76/2024/PASP

La Sezione Regionale di Controllo per la Campania, composta dai Magistrati:

Dott.	Massimo Gagliardi	Presidente
Dott.	Emanuele Scatola	Primo Referendario
Dott.	Alessandro De Santis	Referendario relatore

Nella camera di consiglio del 9.4.2024

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

VISTA la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

VISTO il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti;

VISTO il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali e successive modificazioni (TUEL);

VISTA la legge 5 giugno 2003, n. 131, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

VISTO il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" (TUSP);

VISTO il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, deliberato dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti in data 16 giugno 2000 (Deliberazione n. 14/DEL/2000) e successive modificazioni;

VISTE le deliberazioni nn. 16/2022 e 19/2022 delle Sezioni Riunite in sede di controllo della Corte dei conti;

VISTA la deliberazione n. 50/INPR/2024 con la quale è stato approvato il programma dei controlli di questa Sezione per il 2023;

VISTA la delibera c.c. n. 2, emessa il 9.2.2024 dal Comune di Montefalcone di Val Fortore, acquisita al protocollo di questa Sezione in data 15.3.2024, al prot. n. 1857;

VISTA l'ordinanza n. 49/2024, con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'odierna camera di consiglio;

UDITO il relatore, Referendario Dott. Alessandro De Santis;

PREMESSO IN FATTO

Con delibera pervenuta a questa Sezione in data 15.3.2024, al prot. n. 1857, il Consiglio Comunale del Comune di Montefalcone di Val Fortore ha disposto l'operazione di acquisto della partecipazione detenuta da Hirpinia Holding s.r.l. e relativa al capitale sociale della Wind Energy Montefalcone s.r.l., pari al 100% del capitale sociale, corrispondente al valore nominale di euro 100.000,00. L'acquisto avviene per la cifra simbolica di euro 1,00, che trova copertura sul cap. 697, classificazione di bilancio 1.01-2.02.01.09, del Bilancio di Previsione 2023-25 (II annualità 2024).

In particolare, il Comune, con delibera n. 3/2005, ha approvato la realizzazione di una centrale per la produzione di energia elettrica da fonte eolica con finanziamenti a totale carico di soggetti privati, inserita nel programma triennale delle opere pubbliche del Comune per l'annualità 2005/2007. Si disponeva di affidare la realizzazione dell'opera con lo strumento del project financing, asseritamente ai sensi dell'art. 37 bis L. n. 109/1994. Il Comune, giusta delibera comunale n. 98/2005, ha individuato, come promotore di tale progetto, la Fin.So Energy s.p.a. in quanto in possesso dei requisiti e delle qualifiche stabilite dalla legge. Ha contestualmente approvato il progetto preliminare per la realizzazione della suddetta opera di pubblico interesse e il collegato *"schema della concessione elaborata nelle forme di convenzione disciplinante il momento funzionale del rapporto di realizzazione e gestione"* (di seguito *"la convenzione"*).

Giusta determina dell'Ufficio tecnico n. 69 del 28.11.2005, ha indetto la gara ai sensi dell'art. 37 quater, co. 1, lett. a) L. n. 109/1994 (articolo abrogato nel lontano 2006) e, con determina dell'Ufficio Tecnico n. 10 del 10.2.1996, ha approvato il verbale di pre-qualificazione delle imprese che avevano richiesto di partecipare alla licitazione privata. In assenza di ulteriori offerte valide, ai sensi del predetto art. 37 quater, l'offerta presentata dal promotore è divenuta vincolante per lo stesso.

Successivamente, il promotore e la E&S Energy s.p.a. (previa costituzione di un raggruppamento) hanno depositato documentazione comprovante la costituzione della società di progetto Wind Energy Montefalcone s.r.l. (di seguito WEM s.r.l.), ai sensi dell'art. 37 quinquies della L. n. 109/1994, all'esclusivo scopo di realizzare la

progettazione, costruzione e gestione della centrale per la produzione di energia elettrica da fonte eolica, in regime di *project financing* oggi partenariato pubblico-privato.

Con decreto n. 169 dell'11.5.2006, il Comune, in qualità di proponente, è stato autorizzato dalla Regione Campania alla costruzione e alla gestione dell'impianto eolico della potenza installata di 5,8 MW.

Con procedura ad evidenza pubblica esperita ai sensi dell'art. 37, L. n. 109/1994, il Comune ha aggiudicato a WEM, con atto n. 144 del 27.9.2006, la concessione della progettazione esecutiva, costruzione e gestione dell'impianto eolico di cui sopra. Con atto n. rep. 725 del 24.10.2006, il Comune e WEM hanno sottoscritto la Convenzione, così come da schema approvato dal Consiglio Comunale, afferente la concessione della progettazione esecutiva, costruzione e gestione della centrale elettrica da fonte eolica.

Con decreto n. 89 dell'8.5.2008, la Regione Campania ha disposto la voltura in favore di WEM del richiamato decreto autorizzativo e ha approvato la richiesta di variante dell'impianto eolico, recante l'installazione di quattro turbine da 1,5 MW, per un totale di 6 MW.

L'impianto di cui sopra è entrato in esercizio in data 3.9.2008.

La Convenzione sopra citata ha disciplinato la durata del rapporto concessorio in dodici anni o, comunque, in un termine *"non inferiore al periodo di validità di incentivazione dei Certificati Verdi"*; tale incentivazione è scaduta in data 2.9.2023, sicché la concessione deve ritenersi cessata per decorrenza del termine finale. Tale convenzione, tuttavia, all'art. 2, definiva le modalità di conclusione del rapporto concessorio, prevedendo che *"al termine della concessione il Concessionario si impegna a consegnare al Comune l'opera perfettamente funzionante ed in buono stato di manutenzione, senza che sia dovuto alcun indennizzo o compenso a titolo di avviamento né a qualsiasi altro titolo anche per eventuali migliorie. La presa in consegna dell'impianto verrà effettuata con apposito verbale di constatazione redatto in contraddittorio tra il Concessionario e il Comune. Sarà quindi trasferita la proprietà dell'intero capitale sociale della società progetto/concessionario al valore simbolico di € 1(uno)"* (cfr. all. 8).

Dunque, in data 14.10.2023, la Giunta comunale ha deliberato di:

- a) avviare la procedura per l'acquisizione al patrimonio comunale dell'impianto eolico della potenza installata di 6 MW;
- b) dare mandato agli uffici competenti per l'avvio di tutte le attività istruttorie richieste e necessarie per procedere alla piena definizione della proprietà dell'opera di pubblico interesse, mediante il formale trasferimento dell'intero capitale sociale di Wind Energy Montefalcone – acquisendo la partecipazione detenuta da Hirpinia Holding S.r.l. pari al cento per cento (100 %) del capitale sociale della Wind Energy Montefalcone S.r.l., al prezzo simbolico di € 1,00 un euro, in ossequio al predetto art. 2 della Convenzione;

c) di prendere atto che tutte le spese derivanti, ivi comprese quelle notarili, saranno a carico della Wind Energy Montefalcone S.r.l., sempre in ossequio al predetto art. 2 della Convenzione.

In un quadro così tratteggiato, il Comune intende quindi dare esecuzione alla surriferita Convenzione, acquistando il capitale sociale della WEM, società progetto. A tale scopo ha emanato la menzionata deliberazione c.c. n. 2/2024.

CONSIDERATO

L'art. 5, comma 3, del d. lgs. n. 175 del 2016, recante il "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" (TUSP), come recentemente modificato dall'art. 11 comma 1, lett. a), della legge n. 118 del 2022, dispone che *"L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti, che delibera, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo, 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. Qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo"*.

Il successivo comma 4 consente, poi, all'amministrazione di superare un pronunciamento della Sezione di controllo che consista in un *"parere in tutto o in parte negativo"*, e quindi di procedere ugualmente alla costituzione o all'acquisizione inizialmente deliberata, purché motivi *"analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere"*, dandone pubblicità sul proprio sito internet istituzionale. Dunque, a seguito di un parere negativo, si configura a carico dell'amministrazione deliberante un onere di motivazione rafforzata.

In merito a tale funzione assegnata alla Corte dei conti sono intervenute le Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22 e n. 19/SSRRCO/QMIG/2022), che ne hanno individuato la *ratio* nell'esigenza di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta amministrativa, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato.

Più in particolare, nella deliberazione n. 16, si specifica che *"l'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un soggetto pubblico attraverso il diritto societario, sia in fase di creazione di un nuovo soggetto di diritto, sia in sede di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente, è un processo che si articola in due fasi: la prima ha carattere*

pubblicistico ed è finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell'ente di acquisire la veste di socio in uno dei tipi societari ammessi dal TUSP; la seconda, avente rilevanza privatistica, è volta a tradurre in attuazione la determinazione assunta in via amministrativa, attraverso gli strumenti del diritto societario (quali l'atto costitutivo e lo statuto, il contratto di acquisto della partecipazione in via diretta o mediante aumento di capitale) (...) La funzione attribuita alla Corte dei conti dalla novella legislativa si colloca proprio nel passaggio tra le due fasi, con il chiaro intento 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".

Inoltre, la medesima deliberazione n. 16 ha chiarito come il pronunciamento previsto dall'art. 5, comma 4, del D.lgs. n. 175/2016 postuli *"l'espletamento di una peculiare attività di controllo di cui il legislatore individua i tempi, i parametri di riferimento e gli esiti"*. In particolare, anche se la pronuncia è qualificata (al solo comma 4) con il *nomen juris* di *"parere"*, il consesso nomofilattico contabile ha posto in evidenza come, ai fini dell'attrazione alla funzione di controllo, concorrano vari elementi e che *"in base alla novella normativa, il pronunciamento della Corte dei conti interviene non prima (come per l'attività consultiva), ma dopo che l'Amministrazione abbia perfezionato l'atto deliberativo di costituzione o di acquisizione della partecipazione (diretta o indiretta), per la traduzione del quale nelle forme del diritto societario, tuttavia, la legge richiede il decorso di un predeterminato lasso temporale, sessanta giorni, funzionale all'esame da parte della Corte dei conti. La disciplina, introdotta dalla legge n. 118 del 2022, inoltre, va letta in chiave sistematica, considerando il complessivo ruolo assegnato alla Corte dei conti in materia di società a partecipazione pubblica; quest'ultima è chiamata a pronunciarsi, con funzione di controllo, fra gli altri, sulle revisioni periodiche ex art. 20 TUSP (nonché, in precedenza, sulla razionalizzazione straordinaria ex art. 24 TUSP). Peraltro, la verifica sugli atti di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie era stata qualificata, in vigenza dell'abrogato articolo 3, commi 27 e 28, della legge n. 244 del 2007, in termini di controllo (cfr., per esempio, Sezione regionale di controllo per la Lombardia n. 44/2012/PRSE, n. 263/2011/PRSE e n. 830/2011/PRSE)"*.

Ciò posto, il controllo affidato a questa Sezione regionale si articola con le modalità previste dal comma 3 dell'articolo 5 del T.U.S.P. (cfr. *"conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo, 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"*) e alla luce di quanto illustrato dalle Sezioni Riunite nella deliberazione n. 16/2022 (*"la Corte dei conti*

è chiamata a verificare che il provvedimento adottato dall'amministrazione contenga un'analitica motivazione in ordine a: i) necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (come declinate dal precedente art. 4 del medesimo TUSP); ii) 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) compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa; iv) 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 TUSP").

1. Ambito soggettivo del controllo

Il TUSP, attraverso il combinato disposto degli artt. 1, comma 1, e 2, comma 1, lett. a), riconduce nel proprio campo applicativo *"le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale"*. Il predetto art. 1, co. 2, include espressamente anche i Comuni.

Pertanto, il Comune di Montefalcone di Val Fortore rientra nel novero degli enti che sono soggetti al controllo della Sezione.

2. Ambito oggettivo del controllo

L'art. 5, comma 3, TUSP enuncia puntualmente le tipologie di atti che devono essere sottoposti all'esame della Corte dei conti, vale a dire quelli aventi ad oggetto la *"costituzione di una società a partecipazione pubblica"* (incluse quelle miste pubblico-privato, disciplinate dal successivo art. 17) e l'*"acquisto di partecipazioni, anche indirette"* da parte di Amministrazioni pubbliche (per *"partecipazione"* deve intendersi *"la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi"*, come da definizione contenuta nell'art. 2, lett. f), del medesimo T.U.S.P).

Tale disposizione ha limitato, letteralmente, il proprio ambito oggettivo di applicazione ai soli due momenti (la costituzione di una società e l'acquisto di una partecipazione) in cui l'Amministrazione pubblica entra per la prima volta in relazione con una realtà societaria, nuova o già esistente, assumendo la qualifica di socio.

La fattispecie oggetto del presente esame rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 5, comma 3, TUSP. Si è infatti di fronte all'acquisto, da parte del Comune di Montefalcone di Val Fortore, dell'intero capitale sociale della Wind Energy Montefalcone s.r.l. e, dunque,

di una partecipazione societaria prima non detenuta, con conseguente acquisto della qualità di socio.

2.1. Al riguardo, vale rilevare che, con la deliberazione n. 2, del 9.2.2024, il Comune ha disposto di acquistare, dalla Hirpinia Holding s.r.l., l'intero capitale sociale della WEM s.r.l. per la cifra simbolica di un euro, in esecuzione dell'impegno assunto attraverso l'art. 2 della convenzione stipulata con atto n. rep. 725 del 24.10.2006, che vede come parti il Comune stesso e la WEM s.r.l., aggiudicataria della concessione della progettazione esecutiva, costruzione e gestione dell'impianto eolico realizzato sul territorio comunale (atto n. 144 del 27.9.2006).

Dunque, la convenzione in esame assume natura giuridica di accordo accessivo rispetto ad un provvedimento amministrativo di concessione, risultando funzionale alla regolamentazione dei profili economici che discendono dall'atto concessorio. Può essere dunque *latu sensu* inquadrata nella categoria giuridica degli accordi ex art. 11, L. n. 241/1990, della cui natura pubblicistica non può dubitarsi. D'altra parte, è ragionevole ritenere che il legislatore, nel momento in cui generalizza la possibilità di fare ricorso ad accordi procedurali, intenda riconoscere all'art. 11, L. cit. il ruolo di referente capace di catalizzare e ricondurre ad unità tutte le ipotesi, tipizzate e non, di esercizio di potestà amministrative mediante moduli di matrice convenzionale.

Invero, non a caso il legislatore, all'interno dell'art. 11, L. n. 241/1990, utilizza il termine "accordi" in luogo del termine "contratti", prospettando una dismissione solo parziale della veste autoritativa da parte della P.A. stipulante. Infatti, il richiamo ai principi del codice civile è temperato da una doppia clausola limitativa, che rende gli stessi applicabili solo ove compatibili con le regole che connotano l'*agere* pubblicistico.

Nel medesimo senso si colloca l'imposizione della forma scritta e la sottoposizione ai medesimi controlli previsti per i provvedimenti amministrativi, circostanze tali da attestare un rilevante coinvolgimento dell'interesse pubblico, rendendo opportuna l'adozione di una veste formale che agevoli un controllo generalizzato sulle modalità di impiego delle risorse della collettività; peraltro, il legislatore specifica che detti accordi non devono arrecare pregiudizio ai terzi, precisazione che sarebbe risultata inutile ove si fosse trattato di contratti privati, i quali, in forza del principio di relatività di cui all'art. 1372 c.c., producono effetti solo tra le parti ("*res inter alios acta, tertio neque nocet neque prodest*", ferma restando la parziale deroga prospettabile nelle ipotesi di cui agli artt. 1333 e 1411 c.c., che contemplano la produzione nei confronti dei terzi di effetti solo favorevoli, cui comunque questi ultimi possono frapporre un rifiuto eliminativo);

2.2. Ebbene, applicando tali coordinate ermeneutiche al caso di specie, occorre considerare che il formale acquisto della partecipazione (e, dunque, della qualità di socio), è stato deliberato dal Comune di Montefalcone di Val Fortore solo in data 9.2.2024 (seppur

asseritamente in esecuzione di una preesistente convenzione-contratto), dal che discende l'assoggettamento *ratione temporis* alla disciplina contenuta nel TUSP e la conseguente necessità di verificare la sussistenza dei presupposti attualmente richiesti dal predetto testo unico – con disposizioni senza dubbio imperative in quanto volte a preservare il corretto ed efficace impiego delle risorse pubbliche e l'assetto concorrenziale del mercato – ai fini dell'acquisto della partecipazione societaria da parte dell'ente pubblico.

Opinare diversamente significherebbe legittimare, a circa vent'anni di distanza dalla stipula della convenzione, che l'operazione di acquisizione della partecipazione societaria avvenga potenzialmente in contrasto con la disciplina che il legislatore ha dettato con l'obiettivo specifico di razionalizzare il fenomeno delle società pubbliche e riportare lo stesso in sintonia con il quadro costituzionale e comunitario di riferimento.

Sicché, preso atto della natura pubblicistica della convenzione oggetto di esame, deve rilevarsi come detta natura non precluda l'operatività, in riferimento alla stessa, di un meccanismo di integrazione cogente che implichi una lettura dell'obbligo di acquisto della Wem s.r.l., scaturente dell'art. 2 della convenzione stessa, come obbligo subordinato al rispetto delle disposizioni imperative contenute nel TUSP.

Non ignora questa Corte l'esistenza di un risalente orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui il meccanismo di etero-integrazione trova la sua collocazione sistematica e terreno di elezione nel diritto privato, che contempla espressamente lo stesso e richiama le fonti eteronome attraverso l'art. 1374 c.c.; del resto, sbiadisce e perde di senso, nel diritto amministrativo, la distinzione civilistica tra norme dispositive e norme imperative, poiché in tale branca del diritto la violazione di queste ultime sfocia, di regola, nella mera annullabilità dell'atto (Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364). Ma trattasi di orientamento contraddetto dalla stessa giurisprudenza amministrativa, che, attraverso altre pronunce, riconosce espressamente l'operatività del meccanismo dell'integrazione cogente in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme (Cons. St., 18 ottobre 2013, n. 5609).

Tale rigida predeterminazione appare integrata nel caso di specie, laddove gli artt. 3, 4 e 5 TUSP perimetrano in maniera puntuale, anche attraverso il richiamo di ulteriori norme contenute nel predetto testo unico, i limiti che le amministrazioni devono rispettare ove decidano di acquistare una partecipazione in una società pubblica, sul cui rispetto questa Corte è chiamata a vigilare. E ciò con l'obiettivo specifico di salvaguardare interessi di natura superindividuale ed in specie preservare il buon andamento dell'azione amministrativa ed il corretto impiego delle risorse pubbliche, nonché, in senso più ampio, l'equilibrio di bilancio.

Peraltro, la giurisprudenza amministrativa ha prospettato l'operatività di un siffatto meccanismo di integrazione anche in riferimento agli accordi ex art. 11, L. n. 241/1990, categoria cui risulta riconducibile la convenzione oggetto di esame. Infatti, si è espressa positivamente circa la possibilità, per il Giudice amministrativo, di ridurre *ex officio* la clausola penale inserita in un accordo di siffatta tipologia, ove manifestamente eccessiva e, dunque, contrastante con i valori ordinamentali (Cons. St., Sez. IV, 20 luglio 2022, n. 6309). Ed appare ampiamente condiviso l'orientamento che interpreta la riduzione officiosa della penale quale peculiare meccanismo di integrazione cogente di matrice giudiziale, volta a ricondurre il contratto in sintonia con l'ordine pubblico economico.

A ciò deve aggiungersi che lo stesso legislatore ha legittimato l'operatività di un siffatto meccanismo in riferimento agli atti di natura pubblicistica tramite l'art. 10, co. 2, D.Lgs. n. 36/2023, che prevede l'integrazione cogente dei bandi di gara (aventi natura di atto amministrativo generale) attraverso le cause di esclusione contenute negli artt. 94 e 95 del medesimo Codice appalti, ove non espressamente riprodotte nel bando stesso.

Alla stregua delle suesposte considerazioni ed in virtù del surriferito meccanismo di integrazione cogente, deve ritenersi che l'adempimento dell'impegno di acquisto della Wem s.r.l., assunto dal Comune con l'art 2 della predetta convenzione, debba dispiegarsi nel rispetto dell'attuale realtà ordinamentale e, quindi, nel rispetto dei limiti tracciati dal TUSP per l'acquisto di partecipazioni societarie, con assoggettamento al conseguente controllo assegnato dall'art. 5 T.U. cit. a questa Corte; d'altronde, proprio la circostanza per cui tali limiti sono individuati puntualmente dal predetto testo normativo, finisce per dissipare il rischio di una indebita ingerenza della magistratura contabile nell'esercizio discrezionale dei poteri amministrativi, preservando la tenuta del principio di separazione dei poteri; e ciò contestualmente garantendo il mantenimento in vita dell'atto, in ossequio ad un principio conservativo che, come dimostrato dal summenzionato art. 10, co. 2, D.Lgs. n. 36/2023, travalica i confini civilistici per invadere il campo del diritto amministrativo, salvaguardando il naturale fluire dell'azione pubblicistica verso il conseguimento degli scopi istituzionali individuati dal legislatore.

2.3. Né può prospettarsi la potenziale attivabilità, nei confronti della P.A. e da parte del privato, del rimedio esecutivo di cui all'art. 2932 c.c. Se è vero, infatti, che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha riconosciuto alla Pubblica amministrazione la possibilità di utilizzare il rimedio di cui all'art. 2932 c.c. ove il privato non adempia all'obbligo di trasferimento di un'area assunto con una convenzione di lottizzazione (cfr. Cons. St., Ad. Plen., n. 28/2012), è anche vero, che nell'ipotesi esaminata dalla Plenaria, dalla convenzione discendeva uno specifico obbligo di contrarre, avente ad oggetto la stipula di un contratto di compravendita.

Al contrario, non può ammettersi l'attivazione di tale rimedio nel caso di specie, laddove la scelta di acquisto della partecipazione societaria, secondo quanto previsto dagli artt. 7 e 8 TUSP, passa attraverso la deliberazione autoritativa dell'organo pubblico competente, sicché dall'accordo ex art. 11 L. cit. discenderebbe, tutt'al più, un "obbligo di provvedere" e non anche un obbligo a contrarre.

Ed anche volendo equiparare la mancata emanazione della delibera di acquisto della partecipazione societaria ad una inerzia amministrativa "aggredibile" attraverso il giudizio avverso il silenzio, ex artt. 31 e 117 C.p.a., certamente non può prospettarsi l'ottenimento di una condanna dell'amministrazione all'emanazione di un atto che si pone in contrasto con il quadro normativo di riferimento. Al più il Giudice amministrativo potrebbe condannare l'amministrazione a provvedere, gravando la stessa dell'obbligo di emanare un atto che, essendo calato nell'attuale contesto normativo, non si sottrarrebbe al controllo esercitato da questa Corte ai sensi dell'art. 5, co. 3, TUSP.

3. Profili di competenza a conoscere dell'atto deliberativo di acquisizione della partecipazione societaria

Sul punto, l'art. 5, comma 4, del TUSP ripartisce la competenza, ai fini dell'esame degli atti di costituzione di società o acquisizione di partecipazioni societarie, tra le Sezioni riunite in sede di controllo (*"per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali"*), le Sezioni regionali di controllo (*"per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione"*) e la Sezione controllo Enti (*"per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge n. 259 del 1958"*).

Considerato che il Comune di Montefalcone di Val Fortore è un Comune della provincia di Benevento, l'esaminata delibera c.c. n. 2/2024 rientra tra *"gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione"*, per i quali ha competenza questa Sezione ad effettuare la verifica ex art. 5, comma 3, TUSP.

4. Conformità dell'atto alle modalità previste dall'art. 7 del TUSP

Ai sensi dell'art. 7, co. 1, TUSP *"la deliberazione di partecipazione di un'amministrazione pubblica alla costituzione di una società è adottata con: (...) d) delibera dell'organo amministrativo dell'ente, in tutti gli altri casi di partecipazioni pubbliche."*

Nel caso sottoposto all'esame della Sezione si tratta della delibera n. 2/2024, adottata dal Consiglio comunale, organo titolare del potere deliberativo in materia. Pertanto, l'operazione, sotto questo specifico profilo, è stata deliberata in conformità a quanto disposto dall'art. 7, co. 1, TUSP.

5. Rispetto dei vincoli tipologici (art. 3 TUSP) e finalistici (art. 4 TUSP)

Gli articoli 3 e 4 del TUSP dispongono, rispettivamente, che *"le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa"* (art. 3) e 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**"* (art. 4).

Tanto premesso, va evidenziato che il Comune ha deliberato l'acquisto della partecipazione in una s.r.l., rientrante nell'alveo dei tipi societari enucleati dall'art. 3 TUSP.

Quanto al rispetto dei limiti finalistici di cui all'art. 4 TUSP, occorre osservare che il co. 7 di tale disposizione ammette espressamente la partecipazione – diretta o indiretta – di enti pubblici in società aventi per oggetto sociale la produzione di energia da fonti rinnovabili, purché siano rispettati i principi di *"concorrenza ed apertura al mercato"*. In tal modo, è lo stesso legislatore ad aver effettuato, a monte, la valutazione teleologica richiesta dall'art. 4, co. 1, TUSP, sottraendo la stessa a questa magistratura.

Ebbene, dalla lettura dell'art. 3 dello Statuto della WEM s.r.l. si ricava che la stessa ha lo scopo esclusivo di realizzare e gestire una centrale elettrica da fonte eolica, così rientrando nell'ambito operativo del predetto art. 4, co. 7 TUSP.

Da ciò discende il rispetto dei limiti finalistici imposti dal Testo unico delle società pubbliche.

Nel prosieguo ci si soffermerà anche sul rispetto dei principi di *"concorrenza ed apertura al mercato"*, espressamente richiamati dal predetto co. 7.

6. Onere di motivazione circa la sostenibilità finanziaria, la convenienza economica e la compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa

L'art. 5, comma 1, TUSP richiede che il provvedimento adottato dall'Amministrazione contenga un'analitica motivazione, tra l'altro, sia in ordine alle ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o externalizzata del servizio affidato, sia in ordine alla compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Pertanto, la normativa citata impone all'Amministrazione procedente di inserire, nelle motivazioni della delibera di costituzione e di acquisto di una partecipazione e nei relativi

allegati, gli elementi, in particolare economico-finanziari, che rendano possibile la verifica di conformità dell'atto ai sopra riferiti parametri normativi. Quest'ultima, quindi, 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 magistratura contabile (cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22).

In merito alla **sostenibilità finanziaria**, nella richiamata deliberazione n. 16 del 2022 delle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti si è evidenziato che tale concetto "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.

Sotto il primo versante, la sostenibilità finanziaria si riferisce, quindi, alla capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale. (...) la sostenibilità finanziaria sul piano oggettivo dell'operazione di investimento societario 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.

Sotto il secondo profilo, come accennato, la sostenibilità finanziaria dell'operazione di costituzione o di acquisto di partecipazioni societarie deve essere valutata con riguardo alla situazione specifica dell'Amministrazione procedente. Dovrà, in tale sede, darsi conto della compatibilità degli investimenti finanziari iniziali e dei successivi trasferimenti eventualmente previsti nel BP con gli strumenti di bilancio, tenendo anche conto dei profili di onerosità indiretta eventualmente scaturenti dall'acquisizione della qualifica di socio, ad esempio quelli di carattere organizzativo per l'esercizio delle ordinarie funzioni di controllo sull'organismo partecipato (si pensi a titolo esemplificativo al sistema di controllo interno sulle società partecipate non quotate ai sensi dell'art. 147-quater del TUEL). In questo ambito valutativo, le amministrazioni locali devono considerare anche gli accantonamenti che saranno tenute a stanziare, ai sensi dell'art. 21 TUSP, a fronte di eventuali perdite evidenziate nel BP negli esercizi successivi a quello di costituzione della società o acquisizione della partecipazione".

Con riferimento alla **convenienza economica**, nella citata deliberazione n. 16 del 2022 si è evidenziato che *“tale nozione trova una definizione nel Codice dei contratti pubblici, il quale, all’articolo 3, comma 1, lettera fff), descrive la convenienza economica, sempre in tema di contratti di concessione e di operazioni di partenariato, come “la capacità del progetto di creare valore nell’arco dell’efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito”. 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**).”* Infine, le Sezioni riunite in sede di controllo precisano che in merito alla *“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’adequatezza 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”*.

6.1. Posto il suddetto onere motivazionale nei termini sopra precisati, nella menzionata delibera n. 2/2024 si è evidenziato che:

- il principio della convenienza economica è rispettato in quanto le quote sono *“trasferite al valore simbolico di un euro (€ 1) con la ulteriore clausola senza spese”*;
- il principio della sostenibilità finanziaria è rispettato in quanto il Comune *“non sostiene spese non solo nell’acquisto della partecipazione ma anche nella successiva gestione – se del caso – dell’impianto”*;
- il principio dell’efficienza è rispettato in quanto *“l’amministrazione utilizza in maniera accorta le opportunità a suo tempo definite e dunque oggi concretamente a propria disposizione, perseguendo i propri obiettivi nel miglior modo possibile”*.
- il principio dell’efficacia è rispettato in quanto *“tale operazione permette all’amministrazione di raggiungere l’obiettivo a suo tempo prefissato così come a suo tempo cristallizzato a seguito dell’avvio della procedura di programmazione di realizzazione di opera pubblica”*;
- il principio dell’economicità è rispettato in quanto *“l’amministrazione può utilizzare, in modo efficiente, le risorse finanziarie disponibili che rinvergono dalla partecipazione in termini di distribuzione di utili”*.

In un quadro così tratteggiato, non può ritenersi assolto l’onere motivazionale richiesto dall’art. 5, co. 1, TUSP.

Infatti, l'Ente, oltre a non depositare un *business plan* coerente con il termine finale apposto al contratto di società, non si è in alcun modo soffermato (e non ha compiuto, al riguardo, alcuno sforzo motivazionale) sulla capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale, né sulla capacità della società di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito. Non è dato comprendere quali approfondimenti siano stati svolti al riguardo.

Non può ritenersi sufficiente, in proposito, la mera allegazione del bilancio relativo all'esercizio 2022 e della allegata nota integrativa. Piuttosto, si sarebbe resa opportuna una più attenta riflessione e valorizzazione dei dati contenuti all'interno di tale bilancio (che evidenzia un utile di esercizio di euro 998.949,00 nel 2022 e di euro 1.266.593,00 nel 2021), con i quali l'Ente doveva confrontarsi non solo guardando al passato, ma anche in prospettiva futura, riflettendo, alla luce delle iniziative imprenditoriali da intraprendere e delle linee gestionali da adottare, sulla capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale, l'equilibrio economico-finanziario; e ciò tenuto conto anche delle valutazioni positive espresse dal revisore esterno circa la correttezza e veridicità dei dati riportati in bilancio.

Nel contempo, in riferimento all'economicità, la valutazione avrebbe dovuto avere ad oggetto il confronto con altre possibili soluzioni gestionali dell'impianto eolico, come la gestione diretta oppure la completa esternalizzazione mediante affidamento del servizio, ove tali strade siano percorribili, attraverso la comparazione dei benefici e dei costi attualizzati delle singole soluzioni possibili.

Da ultimo, con riferimento all'efficacia, l'Ente avrebbe dovuto rendere note le finalità perseguite non solo sotto il profilo della redditività del capitale investito, ma anche con riguardo ai vantaggi conseguibili in termini di obiettivi di policy, eventualmente sintetizzabili in indicatori di output e *outcome*.

7. La compatibilità dell'operazione con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese (art. 5, co. 2, TUSP)

Da ultimo, è necessario evidenziare che la deliberazione n. 2/2024 porta alla luce anche un possibile contrasto con il consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria (recepito all'interno dell'art. 7, co. 5 e dell'art. 17 TUSP), secondo cui la selezione dell'eventuale socio privato - la cui quota non può essere inferiore al 30% - deve avvenire attraverso lo svolgimento di una "gara a doppio oggetto", ossia di una procedura ad evidenza pubblica volta a selezionare il contraente sia sotto il profilo della sua capacità di

essere socio, che sotto il profilo della capacità tecnico – operativa nello svolgimento del compito di rilevanza pubblicistica di cui dovrà occuparsi la società. Tale gara dovrà quindi logicamente comprendere anche il requisito per cui la partecipazione del socio privato sia pari ad almeno il 30% del capitale sociale e tale partecipazione deve essere limitata nel tempo al concreto svolgimento dell'appalto o della concessione oggetto di affidamento (cfr. CGUE, C-196-08; CGUE, C-332/20).

Ebbene, nel caso di specie non è stata prevista, quale conseguenza del subentro del socio pubblico, una modifica dello statuto.

Se è vero che il Comune acquista il 100% delle quote sociali, occorre anche osservare che l'ente privatistico non acquista la qualifica di società *in house*, poiché non vengono introdotte modifiche dello statuto funzionali all'integrazione dei presupposti di cui ai co. 1 e 2 dell'art. 16 TUSP e in quanto l'art. 8 di tale statuto continua astrattamente a legittimare il potenziale ingresso del socio privato nella compagine societaria, sebbene assoggettato ad uno specifico meccanismo di approvazione e gradimento da parte dell'assemblea.

Nel contemplare detta potenziale apertura all'ingresso di soci privati, il menzionato art. 8 dello Statuto anzitutto non impone agli stessi una quota minima di partecipazione; in secondo luogo, non disciplina alcun meccanismo selettivo di carattere competitivo, sotto tale profilo ingenerando delle consistenti perplessità circa il rispetto della summenzionata disciplina di matrice euro-unitaria.

A ciò deve peraltro aggiungersi che lo stesso art. 4, co. 7, pur prevedendo aprioristicamente che le società aventi per oggetto sociale la produzione di energia da fonti rinnovabili si pongono in linea con i limiti finalistici posti dalla norma, subordina tale valutazione al rispetto dei principi di "*concorrenza ed apertura al mercato*". Tuttavia, la mancata previsione di un meccanismo di selezione del socio privato finisce per frustrare le esigenze di apertura concorrenziale al mercato, astrattamente legittimando scelte fiduciarie che prescindono dal confronto competitivo tra i più soggetti interessati all'acquisizione della qualità di socio; al contrario, solo un meccanismo competitivo di siffatta tipologia, oltre a salvaguardare il confronto concorrenziale tra gli operatori economici del settore, indirizza la scelta dell'amministrazione verso il soggetto maggiormente dotato sotto il profilo tecnico-operativo e, dunque, meglio in grado di contribuire alla realizzazione dell'interesse pubblico sotteso al fenomeno societario.

8. Conclusioni

Alla luce delle suesposte considerazioni e per tutte le motivazioni sopra riportate, il Collegio ritiene di esprimere, ex art. 5, comma 3, TUSP, parere negativo in ordine all'operazione di acquisto, deliberata dal Comune di Montefalcone di Val Fortore con

deliberazione c.c. n. 2/2024, della partecipazione detenuta da Hirpinia Holding s.r.l. e relativa al capitale sociale della Wind Energy Montefalcone s.r.l., pari al 100% del capitale sociale.

P.Q.M.

La Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Regione Campania:

- esprime, per le ragioni indicate in parte motiva, parere negativo in ordine all'operazione di acquisto della partecipazione detenuta da Hirpinia Holding s.r.l. e relativa al capitale sociale della Wind Energy Montefalcone s.r.l., pari al 100% del capitale sociale, deliberata dal Comune di Montefalcone di Val Fortore con deliberazione c.c. n. 2/2024;
- dispone, ai sensi dell'art. 5, comma 4, TUSP, la trasmissione della presente deliberazione, a cura della Segreteria, all'Amministrazione interessata entro cinque giorni dal deposito;
- ordina, ai sensi dell'art. 5, comma 4, TUSP, all'Amministrazione di pubblicare la presente deliberazione, entro cinque giorni dalla ricezione, sul proprio sito internet istituzionale;
- manda alla Segreteria per gli adempimenti di rito.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 9.4.2024.

Il Magistrato est.

Dott. Alessandro De Santis

Il Presidente

Dott. Massimo Gagliardi

Depositato in Segreteria il

12 aprile 2024

Il Funzionario Preposto

Dott. Giuseppe Imposimato