

Del. n. 318 /2023/PASP



Repubblica italiana

La Corte dei conti

Sezione regionale di controllo per l'Abruzzo

composta dai Magistrati:

Stefano SIRAGUSA	Presidente
Giovanni GUIDA	Consigliere
Ilio CICERI	Consigliere (relatore)
Bruno LOMAZZI	Referendario
Matteo SANTUCCI	Referendario
Andrea DI RENZO	Referendario
Chiara GRASSI	Referendario

nella Camera di consiglio del 15 novembre 2023, ha assunto la seguente

DELIBERAZIONE

nei confronti dell'ARAP – Azienda Regionale Attività Produttive.

Visti gli articoli 81, 97, 100, secondo comma, e 119 della Costituzione;

visto il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, recante “*Approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti*”;

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 “*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*”;

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 l'articolo 1, commi 166 e 167, della legge 23 dicembre 2005, n. 266;

visto il decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, recante “*Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42*”;

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

visto, in particolare, l’articolo 5 del richiamato decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, come modificato dall’articolo 11 della legge 5 agosto 2022, n. 118;

vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti 16 giugno 2000, n. 14, di approvazione del *“Regolamento per l’organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti”*;

vista la deliberazione del 25 gennaio 2023, n. 13/2023/INPR, con la quale la Sezione regionale di controllo per l’Abruzzo ha approvato il *“Programma delle attività di controllo per l’anno 2023”*;

vista la ripartizione fra i Magistrati delle funzioni di competenza della Sezione regionale di controllo per l’Abruzzo, definita con decreti presidenziali 1° febbraio 2023, n. 1, 6 febbraio 2023, n. 2 e 1° marzo 2023, n. 3;

vista la delibera del Consiglio di amministrazione n. 297 del 3 ottobre 2023, avente ad oggetto: *“Procedura di consultazione competitiva per la scelta di un socio di diritto privato per la costituzione di società mista pubblico-privato per lo sviluppo di progetti di valorizzazione di coperture di fabbricati e/o terreni di proprietà mediante realizzazione e gestione di impianti fotovoltaici. Costituzione società, approvazione relazione ex art. 5 del d.lgs. 175/2016 e Statuto”*, nonché i relativi allegati, trasmessa in data 12 ottobre 2023, con prot. n. 3995, per le finalità e le verifiche previste dal novellato articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175;

vista l’ordinanza del 14 novembre 2023, n. 44/2023, con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l’odierna Camera di consiglio;

udito il relatore, Consigliere Ilio CICERI.

FATTO

L’Azienda Regionale Attività Produttive (di seguito ARAP) – Ente pubblico economico sottoposto ad attività di direzione, coordinamento, tutela e vigilanza della Regione Abruzzo, che agisce sulla base dell’art. 36 della legge 5 ottobre 1991, n. 317 –, con nota numero 0SU/8422 dell’11 ottobre 2023, acquisita al protocollo di quest’ufficio con il numero 3995 in data 12 ottobre 2023, trasmetteva, richiamando le disposizioni di cui all’articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (TUSP), la delibera del Consiglio di amministrazione n. 297 del 3 ottobre 2023, avente ad oggetto: *“Procedura di consultazione competitiva per la scelta di un socio di diritto privato per la costituzione di società mista pubblico-privato per lo sviluppo di progetti di valorizzazione di coperture di fabbricati e/o terreni di proprietà mediante realizzazione e gestione di impianti fotovoltaici. Costituzione società, approvazione relazione ex art.5 del d.lgs. 175/2016 e Statuto”*, nonché la relazione ex art. 5 d.lgs. 175/2016 e lo statuto della costituenda società mista.

Con detto provvedimento, nel prendere atto della proposta in argomento di procedura di consultazione competitiva di cui alla deliberazione del Consiglio di amministrazione di ARAP n. 298 del 29 settembre 2023, l’Ente, decideva, tra l’altro, di procedere alla costituzione di una società

mista pubblico-privato, a controllo pubblico, attraverso il possesso del 51 per cento del capitale sociale.

Con il menzionato atto consiliare n. 297 del 3 ottobre 2023, l'Ente provvedeva, inoltre, ad approvare la Relazione contenente le motivazioni analitiche a fondamento della scelta della costituzione della società mista, nonché lo statuto di quest'ultima.

DIRITTO

1. Quadro normativo di riferimento

Il contesto fattuale sopra descritto impone una disamina della disciplina applicabile al caso in esame, considerato che l'articolo 5 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, è stato modificato dall'articolo 11 della legge 5 agosto 2022, n. 118.

Il nuovo dispositivo normativo statuisce, al comma 3, 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, nel definire la competenza delle diverse articolazioni, centrali e territoriali della Corte dei conti, precisa che: *“Ai fini di quanto previsto dal comma 3, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi. La segreteria della Sezione competente trasmette il parere, entro cinque giorni dal deposito, all'amministrazione pubblica interessata, la quale è tenuta a pubblicarlo entro cinque giorni dalla ricezione nel proprio sito internet istituzionale. In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni”*.

La delibera del Consiglio di amministrazione di ARAP, n. 297 del 3 ottobre 2023, quale atto di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche mista pubblico-privato, è stata adottata e trasmessa ai sensi del novellato articolo 5 ed è, pertanto, da considerarsi applicabile il sopra descritto regime normativo.

Appare, altresì, evidente, alla luce della esposta disciplina, la competenza di questa Sezione regionale di controllo all'esercizio delle relative funzioni.

2. Ambito applicativo

Per definire il perimetro applicativo della norma in esame, è opportuno, preliminarmente, verificare sia la natura del soggetto di diritto privato che l'Ente pubblico ritiene di costituire, ovvero rispetto al quale determina di entrare in "partecipazione", sia quali siano i soggetti legittimati alla trasmissione dell'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione, diretta o indiretta, al fine di ottenere il parere previsto dal più volte richiamato articolo 5 del TUSP.

Il soggetto partecipato, interessato dalla delibera di acquisizione o costituzione, deve essere qualificabile come organismo di cui ai Titoli V e VI, Capo I, del Libro V del Codice civile.

In tal senso si è espressa la recente giurisprudenza di questa Corte che, con riferimento alla determinazione di un ente locale di costituire un consorzio, non qualificabile come società consortile ai sensi dell'articolo 2615-ter del Codice civile, ha escluso per esso l'applicabilità del TUSP (cfr., Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazioni n. 143/2022/PAR e n. 144/2022/PAR) e, nello specifico, dell'articolo 5 dello stesso testo unico.

Con riferimento ai soggetti obbligati alla trasmissione dei provvedimenti di costituzione alle Sezioni regionali di controllo, per il rilascio del pertinente parere, il comma 4 del medesimo articolo indica espressamente: *"Le regioni, gli enti locali e i loro enti strumentali, le università e le altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione"*.

Nel caso in esame, l'atto deliberativo è stato adottato dal Consiglio di amministrazione dell'ARAP, Ente pubblico economico (ai sensi dell'art. 2, del d.lgs. n. 175/2016) sottoposto ad attività di direzione, coordinamento, tutela e vigilanza da parte della Regione Abruzzo e che agisce sulla base dell'art. 36 della legge 5 ottobre 1991, n. 317, è costituito ai sensi dell'articolo 1, comma 1 della Legge regionale, 29 luglio 2011, n. 23. La delibera afferisce alla costituzione di una società mista pubblico-privato per lo sviluppo di progetti di valorizzazione di coperture di fabbricati e/o terreni di proprietà mediante realizzazione e gestione di impianti fotovoltaici. Di conseguenza, risultano rispettati entrambi i requisiti indicati in premessa.

3. Procedura di adozione del parere ai sensi dell'articolo 5 del TUSP

Circa le tempistiche della procedura, è previsto normativamente che il termine per il rilascio del parere sia di *"sessanta giorni dal ricevimento"* e che *"la segreteria della Sezione competente trasmette il parere, entro cinque giorni dal deposito, all'amministrazione pubblica interessata, la quale è tenuta a pubblicarlo entro cinque giorni dalla ricezione nel proprio sito internet istituzionale"*.

Qualora la Corte dei conti non si pronunci entro il termine che non presenta, dunque, carattere meramente ordinatorio, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione.

Diversamente, nel caso in cui il parere sia in tutto o in parte negativo, qualora l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente, sarà tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, sul proprio sito *internet* istituzionale, a tali ragioni.

4. Parametri per la verifica della conformità dell'atto

Il terzo comma dell'articolo 5 citato del TUSP prevede che la competente Sezione della Corte dei conti deliberi 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"*.

Per le verifiche di spettanza vengono, dunque, in rilievo la compatibilità tra l'oggetto sociale e le finalità istituzionali dell'ente, la corrispondenza con le attività previste *ex lege*, la coerenza con la normativa euro-unitaria sui c.d. "aiuti di Stato", il rispetto delle prescrizioni contenute negli articoli 7 e 8 del TUSP, la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria ed è valutata anche l'opportunità di una gestione diretta o esternalizzata del servizio, nonché la congruenza della scelta rispetto ai principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Da ciò l'onere, a carico del soggetto istante, di fornire una coerente ed esaustiva informativa idonea, anche grazie alla allegazione di adeguata e pertinente documentazione di natura contabile ed *extra* contabile, a disvelare l'*iter* logico e procedimentale alla base delle prospettate scelte gestionali.

4.1 Finalità perseguibili

La verifica sulla compatibilità tra l'oggetto sociale e le finalità istituzionali dell'ente socio richiede che sia considerato anche il contenuto dell'articolo 4 del TUSP, a mente del quale le *"società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi"* devono essere *"strettamente necessarie per il perseguimento delle [...] finalità istituzionali [...]"*.

Il medesimo articolo precisa, al successivo comma 2, che nel rispetto di tale limite le amministrazioni pubbliche possono costituire società, ovvero acquisire o mantenere partecipazioni in esse, per lo svolgimento delle seguenti attività:

- a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;
- b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016;
- c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del

decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2;

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;

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

Restano ferme le ipotesi, previste espressamente dai commi 3 e seguenti del medesimo articolo 4, da ritenersi, in ogni caso, derogatorie ed eccezionali, e che non risultano d'interesse per la disamina in corso.

In coerenza con tale dettato normativo, si pone, altresì, la previsione di cui al comma 9, che consente di salvaguardare specifiche decisioni di intervento pubblico mediante lo strumento societario, in settori che coinvolgono rilevanti interessi della collettività, secondo un *iter* predefinito e con specifici provvedimenti motivati del Presidente del Consiglio dei ministri o dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome.

Da quanto esposto, appare, dunque, evidente la coesistenza di un vincolo di scopo e di un vincolo di attività, in virtù dei quali l'oggetto sociale della costituenda società deve essere strettamente necessario per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente e le attività svolte devono essere rispettose dei richiamati limiti.

In argomento, dall'esame della documentazione disponibile in atti emerge che l'ARAP *"Svolge le attività finalizzate a favorire la creazione, lo sviluppo e la salvaguardia delle aree produttive regionali relative ai Consorzi Industriali dalla cui fusione deriva, mediante l'offerta di servizi al settore economico-produttivo, ad Enti pubblici e a società a partecipazione pubblica."*

Nei medesimi documenti si legge ancora che: *"Per le finalità ad essa ex lege assegnate intende adottare politiche di gestione volte al risparmio energetico, all'efficienza energetica e al miglioramento della prestazione complessiva degli impianti e delle proprie strutture, al fine di migliorare la sostenibilità ambientale dei processi, oltre a sviluppare un ulteriore servizio a favore delle utenze industriali, attraverso la autoproduzione di energia e la rivendita alle aziende insediate nei propri agglomerati, immettendo in rete l'eventuale surplus energetico prodotto"*.

Inoltre, sempre dalla documentazione acquisita, emerge che: *"Da una indagine esplorativa effettuata sulle proprietà immobiliari dell'Ente è emersa la possibilità di promuovere la produzione di energia da fonti rinnovabili, prevalentemente fotovoltaico e solare termico, mediante la valorizzazione degli asset, quali coperture di fabbricati e terreni di proprietà, per il completo soddisfacimento dei fabbisogni di ARAP e sviluppare un ulteriore servizio a favore delle utenze industriali."*

[...] Al fine di conseguire detto risultato è stata individuato il progetto di costituzione di una società partecipata misto pubblico privato (con ARAP socio di maggioranza con almeno il 51 per cento del capitale sociale) per la costruzione e gestione di impianti fotovoltaici a servizio dei nuclei industriali di competenza e per la produzione e distribuzione di energia rinnovabile, nel rispetto dei principi degli articoli 4, 5 e 17 del Testo Unico in tema di società a partecipazione pubblica.

La società misto pubblico-privata da costituire nelle forme e con le modalità previste dall'art. 17 e 5 del d.lgs. 175 del 2016 e secondo le finalità di cui all'articolo 4 del medesimo testo di legge, prenderà il nome di ARAP Energia, con socio privato al 49 per cento, scelto nelle forme di cui al d.lgs. 50 del 2016.

Il modello societario che verrà adottato è quello della Società a Responsabilità Limitata, previsto dal Testo Unico delle Società Partecipate (d.lgs. 175 del 2016) e l'atto costitutivo o lo statuto prevederanno la nomina dell'organo di controllo o di un revisore.

Conformemente al disposto normativo, la nuova società avrà per oggetto l'attività di produzione di beni e servizi strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali come evidenziato nello Statuto, attenendo queste ultime alla promozione e gestione dei nuclei industriali, nonché alla gestione dei servizi, tra cui anche l'energia.

In particolare, la nuova società sarà costituita esclusivamente per lo svolgimento delle attività di produzione di un servizio di interesse generale, reso in particolare e prevalentemente a favore delle imprese insediate nei nuclei industriali di competenza, ivi inclusa la realizzazione e la gestione degli impianti funzionali ai servizi medesimi in campo energetico.

La nuova società avrà un capitale minimo di ARAP pari al 51 per cento, conferito in beni immobili e diritti reali (terreni e diritti di superficie su immobili di proprietà), mentre il socio privato conferirà denaro. Apporto ulteriore del privato sarà il know-how specifico, l'esperienza organizzativa e le disponibilità di ordine finanziario necessarie agli investimenti previsti.

I terreni individuati da ARAP sono siti in zone di scarso interesse insediativo, in aree non immediatamente edificabili per ragioni diverse (ex discariche chiuse, aree morfologicamente non idonee), pertanto non altrimenti valorizzabili".

Al fine di poter conseguire le proprie finalità istituzionali ed incentivare lo sviluppo del territorio abruzzese su cui opera, dando seguito, inoltre, a quanto contenuto nella delibera del Consiglio di amministrazione, n. 283 del 17 ottobre 2022, "ARAP ha indetto una procedura a norma degli artt. 4, co. 7 e 17 del d.lgs. 175 del 2016, per la costituzione di una società mista con capitale a maggioranza pubblica, attiva nel settore delle energie rinnovabili, in cui l'operatore economico privato (il "Socio di Minoranza") deterrà una quota di partecipazione in percentuale non inferiore al 30 per cento, ai sensi e per gli effetti dell'art. 17, co. 1, del d.lgs. 175 del 2016. Alla suddetta procedura, tuttavia, gli operatori economici invitati non hanno presentato le proprie offerte".

Con delibera del Consiglio di amministrazione n. 328 del 15 dicembre 2022, ARAP ha dato avvio ad una nuova procedura di consultazione mediante pubblicazione – sul proprio sito istituzionale e, per estratto, sulla G.U. - 5a Serie Speciale Contratti Pubblici , n. 150 del 23 dicembre 2022, su due

quotidiani a diffusione nazionale e due quotidiani a diffusione locale – di un avviso di indagine di mercato, finalizzato esclusivamente a ricevere manifestazioni di interesse da parte di operatori economici interessati ad assumere la qualifica di socio di minoranza della società mista da costituire, denominata ARAP Energia, partecipata da ARAP e dal socio privato, per lo svolgimento di interventi nell'ambito delle energie rinnovabili, atteso che al termine della precedente procedura competitiva avviata con delibera n. 283 del 17 ottobre 2022 non erano state presentate offerte.

Con delibera del Consiglio di amministrazione n. 39 del 20 febbraio 2023, avente ad oggetto *“Avviso indagine di mercato per l'Indizione di una procedura di consultazione competitiva per la scelta di un socio di diritto privato per la costituzione di società mista pubblico-privato per lo sviluppo di progetti di valorizzazione di coperture di fabbricati e/o terreni di proprietà mediante realizzazione e gestione di impianti fotovoltaici. Approvazione verbali e adozione provvedimenti consequenziali”*, l'ARAP ha approvato il verbale dell'indagine di mercato e ha deliberato di proseguire con la procedura competitiva per l'individuazione del socio privato per la costituzione della società mista pubblico-privato.

All'esito della ricezione delle offerte, con delibera del Consiglio di amministrazione n. 176 del 18 maggio 2023, è stata disposta l'ammissione alla fase successiva del concorrente Blunova One S.r.l. – Gruppo Maresca S.p.a. e la contestuale esclusione dalla procedura dell'altro concorrente. Con delibera di Consiglio di amministrazione di ARAP n. 256 del 31 luglio 2023 è stata, quindi, approvata, in favore dell'operatore economico Blunova One S.r.l. – Gruppo Maresca S.p.a., la procedura di consultazione competitiva per la scelta di un socio di diritto privato per la costituzione di società mista pubblico-privato, per lo sviluppo di progetti di valorizzazione di coperture di fabbricati e/o terreni di proprietà, mediante realizzazione e gestione di impianti fotovoltaici, unitamente allo schema della convenzione ed alla bozza dei patti parasociali.

È stato quindi garantito che la partecipazione del privato fosse superiore al 30 per cento ma non rappresentasse la maggioranza; inoltre, la selezione del socio privato si è svolta con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016, contemperando la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista. Nella relazione è dato conto, inoltre, del possesso, da parte del socio privato selezionato, dei requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita. L'ARAP ha provveduto ad allegare all'avviso pubblico la bozza dello statuto e degli accordi parasociali nonché gli elementi essenziali del contratto di servizio, nel rispetto di quanto stabilito in merito ai requisiti previsti dall'art. 17 del d.lgs. n. 175 del 2016.

La durata della partecipazione privata alla società aggiudicata non è superiore alla durata dell'appalto o della concessione.

Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizi.

Gli organi sociali e l'organizzazione della società sono volti a garantire il pieno controllo del socio pubblico.

Dalla lettura dello statuto depositato, si evince che sono stati rispettati i principi di legge secondo cui nelle società misto pubblico-privata:

- a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del Codice civile al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa;
- b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici partecipanti e ai soci privati di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del Codice civile, e derogare all'articolo 2479, primo comma, del Codice civile nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci;
- c) gli statuti delle società per azioni possono prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato;
- d) i patti parasociali possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341- bis, primo comma, del Codice civile, purché entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita.

Alla luce di quanto esposto, nel prendere atto di quanto rappresentato ai fini dell'assolvimento dell'onere motivazionale inerente all'oggetto sociale e alle finalità perseguibili, l'oggetto sociale di ARAP Energia S.r.l. risulta, dunque, rispondente ai vincoli di scopo e di attività previsti dalla vigente normativa in materia di partecipazioni pubbliche.

4.2. Convenienza economica, sostenibilità finanziaria e gestione diretta ovvero esternalizzata

Com'è noto, la Corte costituzionale ha ritenuto che il TUSP comporti *“profili di coordinamento finanziario e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione”* (cfr., Corte costituzionale, sentenze n. 86/2022 e n. 201/2022).

In questi termini, la sussistenza dell'interesse pubblico posto a giustificazione dell'acquisto della posizione di socio da parte dell'amministrazione deve essere adeguatamente motivata sia alla luce degli scopi istituzionali, sia in vista della necessità di perseguire e garantire, nel tempo, la stabilità economico-finanziaria dell'ente.

In tale quadro, appare, dunque, opportuno richiamare il principio di *“legalità finanziaria”*, in virtù del quale, come rilevato da costante giurisprudenza di questa Corte, la decisione partecipativa, dalla prima assunzione fino alle successive scelte strategiche, presuppone in capo all'Amministrazione pubblica una prodromica valutazione circa il buon andamento dell'azione

amministrativa, di cui all'articolo 97 della Costituzione, nonché circa i precipitati corollari dell'efficienza, efficacia e economicità della scelta operata.

4.2.1 Convenienza economica

La motivazione sulla "convenienza economica", ancorché sintetica, *"deve essere idonea a rappresentare le ragioni per le quali l'Amministrazione pubblica che intende acquisire la qualifica di socio abbia deciso di avvalersi di quello specifico modello organizzativo di diritto privato"* (cfr. Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 161/2022/PAR).

Tale rappresentazione si articola in un duplice passaggio logico.

In primo luogo, la "convenienza economica" deve essere messa in evidenza rispetto alla preliminare scelta discrezionale che l'Amministrazione pubblica compie, vale a dire alla decisione di svolgere, attraverso un organismo societario, una attività di produzione di beni o di servizi necessaria per il perseguimento dei suoi fini istituzionali.

Detta valutazione interessa tutti gli organismi societari, a prescindere che questi siano deputati alla produzione di beni o alla erogazione di servizi.

In secondo luogo, quando la decisione di diventare socio interessa un organismo che eroga un servizio, la "convenienza economica" deve essere esplicitata anche sotto il profilo della modalità di scelta dell'erogazione del servizio. Questa seconda valutazione sulla modalità di gestione del servizio, dunque, interessa solo le società erogatrici di servizi.

Per giustificare la convenienza economica della propria scelta l'Ente dovrà, dunque, considerare i parametri indicati dall'articolo 20 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 -TUSP, in particolare evitando la costituzione, ovvero l'ingresso in partecipazione, in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali.

Nel caso in esame, l'ARAP, nel motivare la costituzione della ARAP Energia S.r.l., rappresenta che: *"L'analisi effettuata da ARAP evidenzia come tale investimento in natura costituisca una opportunità per avviare una attività – prevista dall'art. 4 del d.lgs. 175/2016 – atta a produrre valore e redditività nel tempo, così come evidenziato nel piano industriale [della ARAP Energia S.r.l.]. Il conferimento di siti [da parte di ARAP] e l'apporto di capitali esclusivamente dal socio privato, rappresentano un business redditizio che consiste sia nell'acquisto di partecipazioni nella società di nuova costituzione sia un'operazione conveniente dal punto di vista economico, se confrontata con l'assenza di possibili alternative di investimento"*, alla luce del fatto, peraltro, che i terreni individuati da ARAP sono siti in zone di scarso interesse insediativo, in aree non immediatamente edificabili per ragioni diverse (ex discariche chiuse, aree morfologicamente non idonee) e, dunque, non altrimenti valorizzabili.

L'ARAP dichiara, inoltre, nella relazione depositata agli atti, che sarebbe non ipotizzabile *"L'avvio di un investimento nella produzione di energie rinnovabili senza l'apporto di capitali privati. La convenienza economica del progetto, quindi, risulta evidente dalla conseguente modalità di acquisto dell'energia che in quanto auto prodotta da fonti rinnovabili e mediante il modello societario oggetto della presente relazione,*

senza l'ausilio dei provider nazionali, avrà un prezzo scontato rispetto ai valori medi di mercato di volta in volta praticati".

Il nuovo assetto organizzativo costituirebbe, dunque, l'unica alternativa percorribile al fine di poter produrre valore e redditività nel tempo, avviando l'attività di produzione di un servizio di interesse generale, in favore, in maggior misura, delle imprese insediate nei nuclei industriali di competenza, ivi inclusa la realizzazione e la gestione degli impianti funzionali ai servizi medesimi in campo energetico, sfruttando terreni altrimenti improduttivi.

4.2.2 Sostenibilità finanziaria

Per quanto concerne la valutazione della sostenibilità finanziaria, è importante evidenziare come essa dovrebbe sostanziarsi, oltre che in una generale verifica del complessivo equilibrio tra entrate e uscite, in un esame circa le prospettive future della società, al fine di evitare situazioni di squilibrio strutturale cui potrebbe far seguito la necessità di interventi di sostegno successivo, i quali, in assenza di specifiche deroghe, andrebbero a configurare una violazione del *"divieto di soccorso finanziario"*.

Sul punto, appare altresì rilevante la necessità di valutare compiutamente le possibili difficoltà della capitalizzazione societaria, per evitare che un ridotto ammontare del capitale proprio determini la necessità di ricorrere a capitale di debito presso istituti finanziari, con conseguente rischio di irrigidimento dei bilanci societari.

In argomento, la documentazione prodotta in atti, invero evidenzia l'assenza di *"conferimenti in denaro e la presenza di una convenzione-tipo volta a regolare i rapporti tra ARAP e [ARAP Energia]. Inoltre, si rileva la presenza di patti parasociali per l'intera durata dell'investimento tra i soci che "rendono la partecipazione societaria del tutto sostenibile da un punto di vista finanziario, essendo assolutamente ridotto il rischio di impresa relativo al solo sfruttamento dei terreni. In termini di valutazione di destinazione alternativa dei fondi impegnati si evidenzia che non vi è alcuna somma investita e che i terreni concessi non sono ad oggi fonte di reddito. Si tratta quindi anche di miglior sfruttamento dei cespiti oggi esistenti ma non valorizzati né produttivi di reddito. L'attività posta in essere da ARAP non preclude né vincola verso futuri investimenti coerenti con lo scopo dell'ente pubblico economico ma anzi rafforzano la possibilità di sviluppo dei distretti industriali a cui sono riferiti i siti oggetto di sviluppo da parte della [...] ARAP Energia"*.

Dalla relazione depositata agli atti, risulta, altresì, che *"Obiettivo primario di ARAP è la valorizzazione dei propri asset e stimolare, inoltre, fattivamente la nascita di iniziative atte ad avviare processi di decarbonizzazione delle aree industriali suddette e il rafforzamento dei concetti di sostenibilità all'interno dei nuclei industriali", e che "è stato all'uopo predisposto uno studio di fattibilità tecnico-economica finalizzato alla valorizzazione degli asset, quali coperture di fabbricati e terreni di proprietà ARAP. Dalle risultanze dello stesso è emersa, inoltre, la possibilità di sviluppare redditività qualora si intendesse diventare produttori e fornitori di energia a favore delle utenze industriali, attraverso la costituzione di una società a*

partecipazione mista pubblico-privata individuando un partner (ESCO) con i requisiti tecnici necessari per la realizzazione e gestione degli impianti”, considerata “l'impossibilità per ARAP di avviare un processo come quello individuato con la nascita di [...] ARAP Energia senza l'apporto di know-how e capitali esterni da parte di un socio privato pur nel rispetto della normativa di cui al d.lgs. 175/2016”.

4.2.3 Gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato

Di particolare rilevanza, ai fini delle valutazioni di competenza della Sezione regionale di controllo, appare la motivazione dell'Ente circa la scelta di optare per una gestione diretta ovvero esternalizzata del servizio che si ritiene di offrire alla collettività.

Sul punto, la documentazione prodotta in atti, offre, invero, una motivazione esaustiva circa la decisione di costituire *ex novo* una società mista pubblico-privato a responsabilità limitata, per lo sviluppo di progetti di valorizzazione di coperture di fabbricati e/o terreni di proprietà mediante realizzazione e gestione di impianti fotovoltaici.

Dalla documentazione inoltrata dall'Ente a questa Sezione in data 12 ottobre 2023, risulta che la scelta di costituire una nuova società, *“senza apporti di somme risponde a un'esigenza organizzativa che si ispira all'obiettivo di favorire il reperimento delle risorse finanziarie necessarie per procedere alla realizzazione degli investimenti nel settore energetico, senza gravare sulla finanza dell'Ente”.*

Tramite la ARAP Energia S.r.l., ARAP intende, dunque, provvedere *“ad una attività di autoproduzione di energia e di rivendita alle aziende insediate nei propri agglomerati industriali nonché all'immissione in rete del surplus energetico prodotto”, non essendo l'Ente nella condizione di poter usufruire di “alcuna alternativa gestionale ipotizzabile sia da un punto di vista industriale, mancando il know-how, sia da un punto di vista economico-finanziario, non avendo ARAP liquidità sufficiente per lo sviluppo di un business così avanzato e capillare”.*

4.3 Principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa

Ulteriore profilo da valutare, a mente di quanto previsto dall'articolo 5, comma 1, del TUSP, è quello afferente ai parametri di efficienza, efficacia ed economicità ai quali l'Ente è tenuto ad improntare l'azione amministrativa.

La norma, nello specifico, statuisce che l'atto deliberativo di costituzione di una società deve dare conto in motivazione *“anche della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa”.*

Sull'argomento, la documentazione disponibile - specificamente: lo studio di fattibilità - nel motivare la prospettata scelta di nuova costituzione societaria, evidenzia che: *“Lo scopo perseguito, ovvero la valorizzazione dei territori di ARAP mediante la scelta di un socio di diritto privato per la costituzione di società mista pubblico-privato per lo sviluppo di progetti di valorizzazione di coperture di fabbricati e/o terreni di proprietà dell'ente avviato a dicembre 2022 con la delibera di Consiglio di Amministrazione n. 328 mediante l'iter amministrativo concluso con la delibera di Consiglio di*

Amministrazione n. 256 risulta coerente con le finalità istituzionali di ARAP quale Ente pubblico Economico, ed è volto alla produzione di un servizio di interesse generale, reso in particolare e prevalentemente a favore delle imprese insediate nei nuclei industriali di competenza, ivi inclusa la realizzazione e la gestione degli impianti funzionali ai servizi medesimi in campo energetico”.

4.4 Norme dei trattati europei e disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese

A mente dell'articolo 5, comma 2, del TUSP *“L'atto deliberativo di cui al comma 1 dà atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate”.*

Circa il profilo della compatibilità con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato, particolare rilevanza assumono le disposizioni di cui agli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - TFUE.

L'articolo 107 del TFUE vieta gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero quegli aiuti che mediante risorse statali che sotto qualsiasi forma, favorendo solo alcune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

Tale divieto, tuttavia, non ha carattere assoluto, giacché sono previste deroghe nelle circostanze in cui la Commissione europea non eserciti poteri discrezionali (la cosiddetta “compatibilità di pieno diritto”) e nei casi in cui gli aiuti siano autorizzati all'esito di una valutazione discrezionale delle Istituzioni europee.

Il successivo articolo 108 prevede una procedura di controllo sulla compatibilità degli aiuti con la disciplina del Trattato, compatibilità che deve essere valutata esclusivamente dalla Commissione, sotto il controllo del giudice dell'Unione, escludendo il giudice nazionale da qualsivoglia pronuncia in merito (cfr., *ex multis*, Corte di giustizia europea sentenza 15 settembre 2016, in causa C-574/14, PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA).

In tali casi, il giudice nazionale è meramente tenuto ad interpretare ed applicare la nozione di “aiuto di Stato” per valutare se un provvedimento adottato senza seguire il procedimento di controllo preventivo, debba esservi o meno soggetto.

L'ARAP, a riprova della coerenza della scelta adottata con la normativa europea, richiama la sentenza Altmark del 24 luglio 2003, con cui la Corte di giustizia, interpretando l'articolo del Trattato in questione, ha stabilito che la compensazione degli obblighi di servizio pubblico non costituisce aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, par. 1, TCE (attuale art. 107, par. 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea-TFUE), purché siano rispettati quattro criteri fondamentali:

- l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro;
- i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente;

- la compensazione non può eccedere l'importo necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti e di un margine di utile ragionevole;

- quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi, avrebbe dovuto sostenere.

Qualora anche uno solo dei criteri fissati nella sentenza *Altmark* non sia soddisfatto, la compensazione degli obblighi di servizio pubblico costituisce un aiuto di Stato.

La documentazione depositata agli atti dall'ARAP e più specificatamente la relazione allegata alla delibera del Consiglio di amministrazione n. 297 del 3 ottobre 2023 dà espressamente conto del fatto che l'intervento in esame costituisce il corrispettivo di un investimento in una società mista pubblico-privata, e non implica, peraltro, l'abbattimento di tariffe e/o aliquote.

Il conferimento in ARAP Energia dei terreni non si configura come un aiuto di Stato in quanto, come già sopra evidenziato ~~sopra~~, nell'operazione non viene predisposta alcuna azione di esborso finanziario, dunque, l'operazione in esame è compatibile con le norme dei Trattati europei e con la disciplina degli aiuti di Stato.

Ciò posto, è d'obbligo rilevare che la vigente disciplina prevede la trasmissione della delibera di costituzione della società ovvero di acquisizione della partecipazione, diretta o indiretta, alla preposta Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, rubricato *"Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza"*.

Sul punto, nella delibera di Consiglio di amministrazione dell'ARAP, n. 297 del 3 ottobre 2023, viene espressamente previsto di *"inviare il presente atto all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 5, co. 3, del D.lgs. n. 175/2016"*.

Si dà atto, peraltro, dell'avvenuta pubblicazione, finalizzata a garantire la partecipazione della collettività amministrata – sul sito istituzionale dell'Ente e, per estratto, sulla G.U. - 5° Serie Speciale Contratti Pubblici, su due quotidiani a diffusione nazionale e due quotidiani a diffusione locale – dell'avviso di indagine di mercato, finalizzato a ricevere manifestazioni di interesse di operatori economici interessati ad assumere la qualifica di socio di minoranza della società mista da costituire.

P.Q.M.

nelle esposte considerazioni è valutata positivamente la conformità dell'atto deliberativo in epigrafe, ai parametri di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175.

DISPONE

la trasmissione della presente deliberazione, a mezzo PEC, entro cinque giorni dal deposito, all'ARAP – Azienda Regionale Attività Produttive che, ai sensi della vigente normativa, è tenuta a pubblicarla, nei termini di legge, sul proprio sito *web*.

Così deliberato nella Camera di consiglio del 15 novembre 2023.

Il Magistrato relatore

Ilio CICERI

f.to digitalmente

Il Presidente

Stefano SIRAGUSA

f.to digitalmente

Depositata in segreteria il 20 novembre 2023

Il Funzionario preposto al Servizio di supporto

Carla LOMARCO