

Pubblicato il 28/09/2016

N. 04014/2016REG.PROV.COLL.
N. 03214/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3214 del 2016, proposto dalla Società Trasporti F.lli Bucci S.r.l. e dalla Sacsa S.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Franco Buonassisi C.F. BNSFNC39L10G479N e Luciana Colantoni C.F. CLNLCN38L50H501G, con domicilio eletto presso Luciana Colantoni in Roma, via G. Gioacchino Belli, 60

contro

Comune di Osimo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Galvani C.F. GLVNDR61P25A271P, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Salaria, 95

nei confronti di

Contram S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Leonardo Archimi C.F. RCHLRD62S07E783B e Sara Sileoni C.F. SLNSRA75T51E783Q, con

domicilio eletto presso Matteo Oresti in Roma, via Guido D'Arezzo 2;

Conerobus S.p.a.

per la riforma della sentenza del T.A.R. delle Marche, Sezione I, n. 214/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Osimo e della Contram S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 settembre 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Luciana Colantoni, l'avvocato Marco Petitto su delega dell'avvocato Andrea Galvani e l'avvocato Matteo Oresti su delega dell'avvocato Sara Sileoni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. delle Marche e recante il n. 790/2015 la società Trasporti Flli Bucci e la società Sacsà s.r.l. impugnavano l'aggiudicazione definitiva dell'asta pubblica per la cessione di azioni della società Conerobus s.p.a., partecipata dal Comune di Osimo, nonché l'avviso dell'esito asta pubblica pubblicato sull'albo telematico dello stesso comune e gli atti con i quali è stata denegata la vendita delle azioni del Comune di Osimo ai prelationari.

Le società ricorrenti (e odierne appellate) affermavano al riguardo di essere titolari di partecipazioni azionarie nella Conerobus s.p.a., società affidataria del servizio pubblico di trasporto locale sovracomunale, partecipata da enti locali (ivi compreso il Comune di Osimo).

Il Consiglio comunale con deliberazione n. 52 del 2015, ha autorizzato la cessione delle azioni possedute nella Conerobus s.p.a..

Tale delibera contempla il diritto di prelazione a favore di soci Conerobus

s.p.a..

Le società ricorrenti lamentavano che, nonostante le stesse avessero ritualmente esercitato la prelazione, fosse stata nondimeno disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della Contram.

Con la sentenza in epigrafe il T.A.R. delle Marche respingeva il ricorso.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla società Trasporti F.lli Bucci s.r.l. e dalla Sacca s.r.l. le quali ne hanno chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

- 1) *Error in iudicando: errata qualificazione della fattispecie di causa e delle norme applicabili – Violazione degli artt. 99 e 112 c.p.c. – Erroneità del presupposto;*
- 2) *Error in procedendo et in iudicando in relazione alla pronuncia sulla clausola statutaria: errata affermazione della giurisdizione esclusiva del G.A., in luogo della giurisdizione generale di legittimità - Violazione degli artt. 7 e 133 c.p.a. – Violazione degli artt. 99 e 112 c.p.c. e dell'articolo 34, primo e secondo comma del c.p.a., nonché del principio dispositivo e di corrispondenza fra i chiesto e il pronunciato – Errata qualificazione della fattispecie e dei principi ad essa applicabili;*
- 3) *Error in iudicando sul primo motivo del ricorso di primo grado: violazione degli articoli 99 e 112 c.p.c. e dell'articolo 34, primo e secondo comma del c.p.a. sulla statuizione di 'travolgimento' della delibera di Consiglio comunale n. 52 del 2015 del Comune di Osimo e del bando d'asta – Difetto di motivazione – Errata qualificazione della domanda.*
Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 97, Cost. e dell'articolo 1 della l. 241 del 1990, dei principi di autovincolo e del legittimo affidamento – Violazione degli articoli 2 e 8 del Bando di asta pubblica – Violazione e/o falsa applicazione della delibera di Consiglio comunale n. 52 del 2015 – Violazione dei principi di pubblicità, trasparenza, imparzialità e buon andamento della P.A. – Eccesso di potere per contraddittorietà – Difetto di motivazione – Erroneità del presupposto;
- 4) *Error in iudicando sul secondo motivo del ricorso di primo grado: violazione dell'articolo 42 del decreto legislativo n. 267 del 2000 (TU Enti locali) – Incompetenza*

– *Eccesso di potere per travisamento degli indirizzi e dei presupposti per l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva;*

5) Error in procedendo et in iudicando in ordine al terzo motivo del ricorso di primo grado: omessa pronuncia, difetto di motivazione – Violazione degli articoli 2 e 8 del bando (sotto altro profilo) – Violazione dell'articolo 4, comma 13 del decreto-legge n. 95 del 2012 – Eccesso di potere per contraddittorietà, erroneità del presupposto, travisamento delle comunicazioni di esercizio della prelazione – Eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto di motivazione in ordine alle diffide del 30 novembre 2015 e alle istanze del 4 dicembre 2015.

Si è costituito in giudizio il Comune di Osimo il quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Si è altresì costituita in giudizio l'aggiudicataria CONTRAM la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello e ha altresì articolato un appello incidentale autonomo con il quale ha chiesto la riforma della sentenza di primo grado: i) per non avere il T.A.R. rilevato il difetto di giurisdizione dell'adito Giudice amministrativo; ii) per non avere il T.A.R. rilevato le plurime ragioni di inammissibilità/irricevibilità del ricorso di primo grado.

Alla pubblica udienza del giorno 8 settembre 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da due società private che detengono partecipazioni nella società di trasporto Conerobus (le quali avevano esercitato il diritto di prelazione per l'acquisto delle quote sociali detenute dal Comune di Osimo nella stessa Conerobus) avverso la sentenza del T.A.R. delle Marche con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con i quali il Comune ha respinto l'istanza finalizzata ad esercitare il diritto di prelazione sulle quote sociali da alienare

2. Con il primo motivo di appello le società appellanti lamentano che

erroneamente i primi Giudici abbiano ritenuto applicabili alla vicenda di causa le disposizioni e i principi che regolano l'indizione della c.d. 'gara a doppio oggetto' per la scelta del socio privato 'operativo' deputato a svolgere il servizio pubblico locale nell'ambito di una società mista deputata alla sua erogazione.

L'errore consisterebbe nel non aver considerato che la gara all'origine dei fatti di causa fosse finalizzata esclusivamente alla dismissione della partecipazione azionaria detenuta dal Comune di Osimo e non anche all'individuazione di un gestore del servizio di trasporto (neppure nella forma della società mista).

2.1. Il motivo è infondato.

Si osserva al riguardo che deve certamente trovare conferma il principio di diritto enunciato dai primi Giudici, secondo i quali la cessione da parte di un'amministrazione pubblica di una partecipazione in una società partecipata da altri soggetti privati deve necessariamente avvenire tramite l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica (procedure che resterebbero precluse laddove si consentisse l'operatività della clausola di prelazione invocata dalle appellanti principali).

La sentenza in questione è altresì meritevole di puntuale conferma laddove i primi Giudici hanno stabilito che la richiamata clausola statutaria (nonché gli ulteriori atti che vi avevano dato attuazione) fosse nulla per contrasto con i principi generali di ordine pubblico economico che postulano la messa a gara delle partecipazioni nell'ambito di società miste deputate (*inter alia*) alla prestazione di servizi, come quello di trasporto che qui viene in rilievo.

E le conclusioni appena richiamate mantengono la loro validità sia nel caso (richiamato dai primi Giudici) in cui la cessione riguardi partecipazioni in società comunali di gestione di servizi pubblici locali, sia nel caso (che effettivamente qui ricorre) in cui la cessione abbia ad oggetto quote di

partecipazione in società deputate alla gestione di servizi sovracomunali.

Anche ad ammettere, quindi, che i primi Giudici abbiano erroneamente qualificato l'ambito territoriale di esplicazione dell'attività della società Conerobus (ritenendo che essa operasse nel settore del trasporto pubblico locale in ambito comunale), non ne restano tuttavia travolte le conclusioni per quanto riguarda la nullità della clausola statutaria la quale ha previsto un indifferenziato diritto di prelazione (anche) in favore dei soci privati, in assenza del previo, necessario esperimento di una procedura ad evidenza pubblica.

Si osserva al riguardo:

- che la cessione da parte del Comune di Osimo delle partecipazioni detenute nell'ambito della società Conerobus è stata disposta nell'ambito di un processo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie adottato ai sensi dell'articolo 1, comma 611 della l. 23 dicembre 2014, n. 611 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*);
- che, ai sensi del successivo comma 614, per i processi di razionalizzazione in questione trovano applicazione (inter alia) le previsioni di cui al comma 568-bis dell'articolo 1 della l. 27 dicembre 2013, n. 147 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2014)*);
- che la disposizione da ultimo richiamata stabilisce in modo espresso che l'alienazione delle partecipazioni societarie avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica;
- che, più in generale, il comma 2 dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 163 del 2006 stabilisce che *“nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica”*. L'ambito di applicazione della disposizione in questione (da ultimo trasfusa nel comma 9 dell'articolo 5 del decreto legislativo n. 50 del 2016), stante la

sua evidente valenza di principio, non può ritenersi limitato – in senso, per così dire, ‘statico’ - al solo momento della costituzione della società mista, ma deve ritenersi altresì esteso alle ipotesi (quale quella che qui ricorre) in cui venga in rilievo l’alienazione di partecipazioni sociali detenute da un’amministrazione pubblica nell’ambito di una società che già risulti a composizione mista.

- che l’obbligo di rispettare la regola dell’evidenza pubblica per l’alienazione delle quote sociali detenute in una società mista risponde a un principio di ordine pubblico economico (anche di matrice eurounitaria) presiedendo al rispetto degli altrettanto generali principi di concorrenza, parità di trattamento e di non discriminazione fra i potenziali concorrenti;

- che la violazione delle richiamate regole di ordine pubblico non comporta soltanto l’annullabilità degli atti con cui si sia comunque proceduto all’alienazione in favore di privati in violazione della regola dell’evidenza pubblica, ma – più in generale – la radicale nullità dell’atto per violazione di norme imperative di legge.

2.1. Ai ben limitati fini che qui rilevano il Collegio osserva che non risultano rilevanti ai fini del decidere le tesi svolte dalle parti costituite in ordine alla portata del comma 568-*bis* dell’articolo 1 della l. 27 dicembre 2013, n. 147.

Al riguardo ci si limita ad osservare che la disposizione in parola risulta irrilevante ai fini della presente decisione, pacifico essendo in atti che le odierne appellanti non detenessero nei confronti della Conerobus la quota di partecipazione minima richiesta dal legislatore al fine di ritenere applicabili le previsioni di cui al richiamato comma 568-*bis*.

3. Con il secondo motivo di appello le società appellanti chiedono la riforma del capo della sentenza di primo grado con il quale si è dapprima affermata la sussistenza della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo e, successivamente, si è dichiarata la nullità della clausola

statutaria (articolo 5-*bis*) che contempla l'invocato diritto di prelazione.

Le appellanti osservano al riguardo che, nel pronunciare la richiamata nullità, i primi Giudici abbiano violato le regole in punto di giurisdizione e di necessaria corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato ed abbiano omesso di considerare che la declaratoria di nullità non poteva riguardare la clausola statutaria, che non costituisce atto amministrativo.

3.1. Il motivo nel suo complesso è infondato.

3.1.1. Si osserva in primo luogo che le appellanti non contestano in radice la sussistenza nel caso in esame della giurisdizione del Giudice amministrativo (articolo 9 del cod. proc. amm.) ma, più limitatamente, contestano la tipologia di giurisdizione – del G.A. – nel caso in esame sussistente.

Ed infatti, la controversia in questione non rientrerebbe fra le ipotesi di giurisdizione esclusiva del G.A. (articolo 133, comma 1, lettera e), n. 1) del cod. proc. amm.), bensì nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità ai sensi dell'articolo 7, comma 4 del medesimo codice (pagina 15 del ricorso in appello).

Ora, fermo restando che la contestazione non ricade sulla sussistenza della giurisdizione dell'adito G.A., bensì sul titolo e sulla tipologia della giurisdizione in parola, il Collegio osserva che la questione non rileva a ben vedere in relazione ad alcuna delle questioni sollevate.

Ed infatti:

- la declaratoria di nullità di cui all'articolo 31 del cod. proc. amm. può essere resa tanto nell'ambito della giurisdizione esclusiva, tanto nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità;
- la nullità della clausola statutaria che consente l'esercizio della prelazione in violazione della regola di evidenza pubblica (posta a presidio di fondamentali esigenze di ordine pubblico economico) si traduce altresì nella nullità della delibera consiliare n. 52 del 2015 (che ne aveva ripreso il

contenuto), così come dell'articolo 5-*bis* del bando di selezione (anch'essa pedissequamente riproduttiva della richiamata clausola di prelazione);

- la circostanza – puntualmente affermata dai primi Giudici) secondo cui la nullità sia stata dichiarata *ex officio* rende evidentemente inconferenti i richiami alla presunta violazione del principio della domanda e a quello della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato.

4. Con il terzo motivo di appello le società appellanti lamentano che erroneamente i primi Giudici abbiano omesso di rilevare i motivi di ricorso con i quali si era lamentato che l'aggiudicazione in favore della Contram fosse stata disposta in violazione: *i*) della delibera consiliare n. 52 del 2015 (la quale aveva stabilito che la procedura di gara facesse salvo l'esercizio della prelazione previsto dall'articolo 5-*bis* dello Statuto; *ii*) del Bando d'asta (il quale, a sua volta, subordinava l'aggiudicazione al mancato esercizio della prelazione); *iii*) ai principi dell'autovincolo e del legittimo affidamento i quali impedivano al Comune di disapplicare la regola della prelazione cui lo stesso Comune aveva liberamente deciso di attenersi.

4.1. Il motivo nel suo complesso è infondato.

Al riguardo ci si limita ad osservare che così come era nulla (per violazione di norme imperative di legge) la clausola di cui all'articolo 5-bis dello Statuto, così anche erano nulli gli ulteriori atti amministrativi invocati dal Comune che richiamavano e davano puntuale applicazione a quella stessa clausola (ci si riferisce, in particolare, alla delibera consiliare n. 52 del 2015 e all'articolo 2 del Bando della procedura).

La nullità in questione poteva e può essere rilevata d'ufficio dal Giudice ai sensi dell'articolo 31, comma 4 del cod. proc. amm. (e correttamente è stata rilevata dai primi Giudici).

Né può essere proficuamente contestata al Comune l'indicazione (in tesi, non corretta) delle ragioni per cui l'(invalido) meccanismo di prelazione non ha nel caso di specie operato.

Si osserva al riguardo che, laddove si seguisse sul punto la tesi delle appellanti, si perverrebbe alla conclusione (invero inammissibile) di annullare un atto che è comunque pervenuto a una conclusione corretta (la mancata applicazione dell'invalida clausola di prelazione), in tal modo restituendo efficacia ed operatività alla medesima clausola.

Ma tale conclusione non potrebbe essere in ogni caso essere condivisa alla luce del generale principio tradotto nel brocardo *'quod nullum est, nullum producit effectum'*.

5. Per ragioni del tutto analoghe a quelle appena esposte neppure può trovare accoglimento il quarto motivo di appello, con il quale le società appellanti tornano a lamentare che gli il provvedimento di aggiudicazione impugnato in primo grado, nella misura in cui disconosce l'operatività dell'articolo 5-bis dello Statuto, disapplicandone il disposto, violerebbe in modo irrimediabile le prescrizioni e gli indirizzi espressi dall'organo consiliare con la deliberazione n. 52 del 2015.

L'argomento non può in alcun modo essere condiviso in quanto esso si fonda su una sorta di sillogismo la cui premessa maggiore è rappresentata dal dato – invero insussistente – dell'efficacia e della vincolatività della clausola di prelazione (per come trasfusa nell'ambito della richiamata delibera consiliare) la quale, al contrario, era radicalmente nulla e priva di effetto alla luce delle ragioni dinanzi esposte.

6. Ed ancora, per ragioni del tutto analoghe (e comunque connesse) a quelle sin qui esposte deve essere respinto il quinto motivo di appello con il quale si è lamentato il carattere generico e immotivato della statuizione di reiezione del terzo motivo del ricorso di primo grado. Con il motivo in questione le odierne appellanti aveva chiesto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione in quanto fondato sul dato (in tesi, erroneo) della mancata accettazione del prezzo realizzato in sede di gara.

Secondo le appellanti, al contrario, la stessa aveva correttamente esercitato

il diritto di prelazione (anche per ciò che riguarda la correttezza del prezzo offerto), ragione per cui la sentenza in epigrafe dovrebbe in parte qua essere riformata.

Il motivo di appello è infondato in quanto, anche in questo caso, la sua articolazione muove dalla premessa maggiore della validità ed efficacia della clausola di prelazione, che – al contrario – sarebbe stata erroneamente interpretata ed applicata dal Comune.

Ma il punto è che, per le ragioni già in precedenza esposte, la richiamata clausola di prelazione era radicalmente nulla ed improduttiva di effetti e, conseguentemente, non poteva costituire valido parametro di legittimità delle statuizioni adottate dal Comune nell'ambito della procedura di cessione per cui è causa.

7. L'appello principale deve quindi essere respinto.

8. Dall'infondatezza dell'appello principale emerge l'inammissibilità dell'appello incidentale proposto dalla Contram.

Ed infatti, come emerge dalla pagina 3 dell'appello incidentale, esso è stato proposto solo in via subordinata rispetto alla reiezione delle ragioni avversarie, e solo al fine di riproporre in appello eccezioni in rito e in merito, già formulate in primo grado, *“che avrebbero, in ogni caso, condotto alla soccombenza delle odierne appellate [incidentali]”*.

Siccome, tuttavia, l'appello principale deve essere respinto per le ragioni dinanzi esaminate (e conseguentemente le ragioni delle società appellanti devono essere totalmente respinte), non sussiste alcun effettivo interesse alla coltivazione dell'appello incidentale.

9. Per le ragioni sin qui esposte l'appello principale deve essere respinto e l'appello incidentale deve essere dichiarato inammissibile.

Sussistono tuttavia giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara inammissibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE
Claudio Contessa

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO