



Autorità Nazionale Anticorruzione

Deliberazione n. 677 del 28 giugno 2017

Oggetto: Fascicolo n. 2685/2016 - Cessione quote della società titolare di concessione di servizio di trasporto pubblico della Provincia di Genova senza procedura concorrenziale

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 giugno 2017;

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

Visto il decreto legislativo n. 50/2016;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Collaborativa e Vigilanze Speciali

Considerato in fatto

Nei mesi di giugno e luglio 2016 sono pervenute all'Autorità due segnalazioni (prot. in ingresso n. 87826 del 6.6.2016 e prot. in ingresso n. 112695 del 25.7.2016) con le quali, nell'illustrare sia la pregressa sia l'attuale situazione societaria dell'azienda pubblica di trasporti ATP Esercizio s.r.l., il segnalante denunciava, da un lato, una violazione delle procedure per la cessione di quote di partecipazione in società a controllo pubblico e, dall'altro, l'effettuazione di ulteriori operazioni societarie nel complesso tali da alterare l'influenza dominante sulla società con conseguente rischio di introduzione nel contratto di società di interessi economici potenzialmente confliggenti con quelli dei soci affidanti, soggetti pubblici.

A seguito di tali segnalazioni l'Autorità avviava un'attività istruttoria volta ad acquisire informazioni utili a valutare l'incidenza delle attività segnalate sull'affidamento e la gestione del servizio pubblico di trasporto extraurbano dalla società in questione nel territorio della ex provincia di Genova.

Sono stati destinatari dell'attività istruttoria espletata, oltre alla ATP Esercizio s.r.l., la ATP S.p.a. società holding che in qualità di capogruppo svolge l'attività di direzione e coordinamento della predetta ATP Esercizio s.r.l., la Autoguidovie S.p.a., acquirente di quote della ATP Esercizio s.r.l. per il tramite della SMC s.c.a.r.l. e la Città Metropolitana di Genova, titolare della partecipazione pubblica quale socio di maggioranza della ATP Esercizio s.r.l.. Nel corso dell'istruttoria è emersa altresì l'estraneità della Regione Liguria, alla quale in origine erano state pure indirizzate le richieste di chiarimenti.

Alla luce dei chiarimenti ricevuti le vicende in questione possono essere ricostruite come segue.

A.T.P. Esercizio s.r.l. era in origine (prima dei fatti contestati dall'esponente) società interamente partecipata dalla Azienda Trasporti Provinciali S.p.a. (da ora in poi ATP S.p.a.) società, quest'ultima, a sua volta interamente partecipata da soggetti pubblici (Comune di Genova – attualmente Città Metropolitana di Genova con quota pari al 92,93% - e altri Comuni) e affidataria *in house* del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio della provincia/Città Metropolitana di Genova. In particolare, la ATP Esercizio s.r.l. è stata costituita il 17 aprile 2012 ed ha avviato la propria attività a seguito del conferimento del ramo d'azienda relativo al trasporto pubblico locale da parte della summenzionata ATP S.p.a. con effetto dal 1° maggio 2012.

Entrambe le società, come risulta espressamente dalle Delibere della Provincia/Città Metropolitana di Genova prodotte in fase istruttoria, perseguono finalità rientranti nelle funzioni della Città Metropolitana. In particolare, come si evince da tali documenti, il servizio di trasporto pubblico locale è stato affidato *in house* nei due bacini di competenza, ossia i comprensori regionali 'T' e 'G-extraurbano' comprendenti i territori di tutti i 67 Comuni della ex Provincia di Genova oltre a quelli di alcuni Comuni delle Province di La Spezia, Piacenza e Savona. Inoltre, benché dal d.lgs. 422/97 in poi il Legislatore nazionale si fosse espresso in favore dell'affidamento di tale servizio, tra gli altri servizi pubblici locali, tramite gara, la Provincia di Genova, avvalendosi di proroghe assentite sia dalla stessa legge nazionale sia da leggi regionali, con successive deliberazioni ha prorogato l'affidamento *in house* del servizio di trasporto pubblico locale. Con Deliberazione n. 25 del 27 aprile 2011 il Consiglio Provinciale ha dato mandato di procedere all'effettuazione di una gara a doppio oggetto e la ricerca di un partner operativo per l'Azienda. Tale gara, tuttavia, ad oggi, non è ancora stata espletata. Pertanto, la A.T.P. Esercizio s.p.a. che per effetto della summenzionata cessione di ramo di azienda avvenuta nel 2012 è subentrata nei rapporti giuridici attivi e passivi derivanti dai contratti *in house* di servizio prorogati *ex lege*, in essere tra la allora Provincia di Genova e la A.T.P. S.p.a., è tutt'oggi la società affidataria diretta del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio della ex Provincia di Genova.

A fine 2013, a seguito del grave stato di crisi aziendale in cui versava la A.T.P. Esercizio s.r.l., veniva presentata e accolta dal Tribunale di Genova domanda di ammissione a concordato preventivo con continuità aziendale. Il piano concordatario in continuità, approvato dalla Provincia di Genova con Deliberazione n. 40 del 7.4.2014 e con Decreto di omologa dal Tribunale di Genova in data 30.10.2014, prevedeva tra le altre cose, ai fini del risanamento dell'Azienda, la cessione del 48,46% delle quote di A.T.P. Esercizio s.r.l. alla SMC s.c.a.r.l., sua creditrice, mediante conversione del credito a soddisfacimento e senza alcun esborso finanziario da parte di quest'ultima. La SMC s.c.a.r.l. viene qualificata dall'esponente come organismo di diritto pubblico. Si ricava dalla visura camerale che i soci sono società totalmente partecipate da enti pubblici oltre ad una cooperativa che detiene solo il 21,5%. Si ricava, altresì, che le attività della società sono prevalentemente rivolte al miglioramento dei servizi delle consorziate e che la società non ha fini di lucro.

In sede di concordato preventivo, al fine di consentire l'ingresso in ATP Esercizio s.r.l. del socio SMC s.c.a.r.l., si è resa necessaria una modifica allo statuto della ATP Esercizio s.r.l. e la sottoscrizione di un patto parasociale - che è stato prodotto in atti - dal quale si evince che SMC s.c.a.r.l. acquisisce un voto vincolante sulle decisioni che riguardano la gestione patrimoniale di ATP Esercizio s.r.l. - a tutela dell'interesse finanziario della società divenuta socia - ferma e impregiudicata invece l'autonomia di ATP Esercizio s.r.l. per le decisioni relative alla gestione operativa. Alla luce del patto parasociale,

infatti, le uniche decisioni su cui SMC s.c.a.r.l. esercitava voto vincolante riguardavano: (a) *eventuale presentazione di una proposta di modifica del piano concordatario omologato dal Tribunale ovvero di una nuova proposta di concordato*; (b) *esecuzione in autofinanziamento di investimenti per importi eccedenti rispetto a quanto complessivamente previsto dal piano concordatario omologato dal Tribunale*. Il Piano concordatario, peraltro, prevedeva una gestione in equilibrio, anche al fine di portare l'azienda in condizioni di equilibrio al momento della gara che sarebbe stata indetta per l'affidamento del servizio.

In data 6.5.2016 la SMC s.c.a.r.l. ha ceduto l'intero pacchetto azionario del 48,46% in ATP Esercizio s.r.l. alla Autoguidovie S.p.A., e ciò dopo che il Consiglio di Amministrazione della ATP S.p.A. (controllante e proprietaria delle restanti quote) con Deliberazione del 20.4.2016 esprimeva la volontà di non esercitare il diritto di prelazione.

Con riferimento a tale decisione occorre sin d'ora rilevare che il verbale del Consiglio di Amministrazione della ATP S.p.A. prodotto in atti, pur concludendo con un deliberato all'unanimità, dà atto nella sua estensione dell'opposizione di un componente del collegio che manifesta dissenso in ordine all'operazione di cessione delle quote SMC s.c.a.r.l. ad Autoguidovie S.p.A. sottolineando la non credibilità di tali azioni ad imprese private e chiedendo di attendere sulla questione un parere della AGCM. Oltre a ciò, il Sindaco della Città Metropolitana di Genova ha dichiarato di essersi espresso in senso contrario alla cessione con nota del 14.4.2016.

In ordine a questa cessione si può ulteriormente rilevare che in base a quanto si evince dalla documentazione ricevuta - e come circostanza pacificamente ammessa anche dalla Autoguidovie S.p.A. - due società del settore (Arriva Italia s.r.l. e STAR S.p.a.) avevano manifestato interesse alla cessione delle quote di A.T.P. Esercizio s.r.l. da parte della SMC s.c.a.r.l., avendo tale decisione di SMC s.c.a.r.l. assunto carattere notorio in quanto ripresa dalla stampa.

In effetti, dalla documentazione in atti risulta che le suddette società (quantomeno la STAR S.p.a.) avevano manifestato per iscritto alla SMC s.c.a.r.l. l'interesse ad essere invitate a partecipare alla procedura ad evidenza pubblica che la SMC s.c.a.r.l. avrebbe dovuto porre in essere per individuare il cessionario delle quote detenute nel capitale della ATP Esercizio s.r.l., società a partecipazione e controllo pubblico, esercente il servizio di trasporto pubblico locale a seguito di affidamento diretto. La suddetta procedura ad evidenza pubblica non ha avuto luogo.

L'acquirente del pacchetto azionario del 48,46%, Autoguidovie S.p.a., è la maggiore azienda a capitale privato italiano del TPL automobilistico e tra i primi 20 gestori in Italia. La società è oggi presente direttamente o tramite società controllate, gestite, partecipate, o in ATI, nelle province di Milano, Monza e Brianza, Cremona, Bergamo, Bologna, Firenze, Belluno e Genova. Gestisce direttamente i servizi urbani nei Comuni di San Donato Milanese, Melzo, Paderno Dugnano e Crema. Come si evince da informazioni reperibili sul sito di Autoguidovie S.p.a., nel febbraio 2012 è stato siglato tra FS e il Gruppo Ranza un accordo di Joint Venture per lo sviluppo delle rispettive società controllate BUSITALIA - SITA Nord e Autoguidovie S.p.a.. Gli obiettivi dell'accordo della Joint Venture prevedono la "nascita di un operatore leader nel Centro-Nord Italia nei servizi su gomma e nei servizi integrati ferro/gomma nel prossimo futuro e la possibilità di cogliere al meglio le sfide sul mercato italiano e in ambito regionale del trasporto pubblico locale (TPL)".

In effetti, dalla documentazione in atti emerge che la stessa Autoguidovie S.p.A. ha dichiarato di non escludere la possibilità di offrire il suo *know how* (maturato nello stesso settore del servizio pubblico

locale) nella gestione del servizio della società e di poter essere coinvolta nella gestione di ATP Esercizio s.r.l. nel caso in cui il socio di maggioranza lo ritenga utile.

Prima che venisse effettuata la cessione di quote tra SMC s.c.a.r.l. e Autoguidovie S.p.A., in data 31.12.2015 scadeva il titolo (contratto di servizio) che legittimava la ATP Esercizio s.r.l. all'esercizio dell'attività di trasporto pubblico locale. Tuttavia, poiché contestualmente l'avviso pubblico per il nuovo affidamento del servizio, promosso dall'Agenzia per il trasporto Pubblico Locale costituita dalla Regione Liguria, veniva impugnato presso il TAR Liguria, la Regione, con Legge Regionale n. 24/2015 modificava la precedente Legge Regionale 18/2014 prevedendo l'ulteriore proroga del contratto di servizio *“fino al subentro del gestore scaturente dalla nuova procedura ad evidenza pubblica e comunque non oltre il 31.12.2017”*. Per effetto di tale Legge Regionale e della Deliberazione n. 48/2015 del Consiglio della Città Metropolitana di Genova, ATP Esercizio s.r.l. – nella quale per effetto della cessione di quote di cui sopra ha avuto ingresso il socio privato Autoguidovie S.p.A. - è tenuta a garantire il servizio di trasporto pubblico locale per gli esercizi 2016 e 2017.

Come ulteriormente emerso nel corso dell'istruttoria condotta dall'Autorità, né gli accordi raggiunti in sede di concordato preventivo, né l'ulteriore subentro del socio privato Autoguidovie S.p.A., hanno consentito di superare stabilmente le difficoltà economiche nelle quali continua a versare la ATP Esercizio s.r.l.. È stato dichiarato, infatti, che la società -così come la sua controllante ATP S.p.A. - ha allo stato necessità di una più ampia e profonda azione di efficientamento e risanamento economico, al fine di salvaguardare il servizio di trasporto pubblico nell'interesse dei cittadini e dei lavoratori. Un nuovo e più stabile assetto patrimoniale, economico e finanziario della società è stato altresì indicato come imprescindibile per mettere la società in grado di partecipare alla gara che verrà indetta per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nell'ambito del bacino della Città Metropolitana di Genova, poiché – secondo quanto dichiarato dalla stessa Città Metropolitana – la mancata partecipazione di ATP Esercizio s.r.l. a tale gara *“produrrebbe pesanti effetti finanziari che si ripercuoterebbero sui bilanci di ATP S.p.A. ed ATP Esercizio s.r.l. e di conseguenza sui soci azionisti pubblici. Basti pensare al tema dell'obbligato pagamento immediato del trattamento di fine rapporto a tutti i dipendenti”*. In particolare è stata rappresentata l'esigenza che sia scongiurato il precipitare di una nuova crisi aziendale che potrebbe essere devastante ed irreversibile con pesanti ricadute sul servizio pubblico, sull'occupazione, sul patrimonio e sul bilancio della Città metropolitana di Genova.

In tale ottica, con Deliberazione n. 31 del 22.6.2016 del Consiglio della Città Metropolitana aveva, in un primo momento, ipotizzato la fusione per incorporazione di ATP S.p.A. in ATP Esercizio s.r.l. Tale operazione era stata portata all'attenzione dell'Autorità dal segnalante il quale per effetto della partecipazione della Autoguidovie S.p.A. (ormai parte della compagine sociale di ATP Esercizio s.r.l. per le vicende sopra rappresentate) alla contestuale operazione di aumento di capitale, rilevava il concreto rischio di introduzione nel contratto di società di interessi economici potenzialmente confliggenti con quelli dei soci affidanti (soggetti pubblici), *“tali da alterare l'influenza dominante sulla società e da pregiudicarne il controllo analogo, con conseguente immediata decadenza dell'affidamento in house”*. Si evince dalla documentazione trasmessa all'Autorità che tale fusione avrebbe comportato il trasferimento della proprietà dei beni immobili (autorimesse ed officine) adibiti al servizio.

All'esito dei primi chiarimenti forniti dai soggetti interessati, l'Autorità formulava le prime risultanze istruttorie che venivano inviate ai suddetti destinatari con nota prot. 147069 del 7.10.2016.

In particolare, nella comunicazione di risultanze istruttorie l'Autorità rilevava, *alla luce dei fatti emersi ed all'esito delle note di riscontro ricevute, in considerazione, altresì, della attività svolta da Autoguidovie S.p.a. nel settore del trasporto pubblico locale e della sua posizione di rilievo nello stesso mercato di riferimento nell'area del nord Italia, la sussistenza di criticità sia in relazione alla cessione diretta di quote tra SMC e Autoguidovie S.p.A., sia, conseguentemente, in relazione alla trasformazione dell'originaria affidataria in house del servizio in società mista, per effetto della fusione inversa tra ATP S.p.a (affidataria in house) e ATP Esercizio s.r.l. nella cui compagine sociale è presente un socio privato 'esperto nel settore', non individuato mediante procedure ad evidenza pubblica e che, ancorché di minoranza, non si qualifica come mero socio finanziatore.* Sulla base di tali rilievi e pur prendendo atto della complessità rappresentata dai soggetti interessati in relazione alla attuale situazione della gestione del servizio di trasporto pubblico locale nell'ex provincia di Genova, l'Autorità concludeva ravvisando comunque la *necessità che i soggetti interessati provvedessero, nelle more dell'espletamento della gara pubblica, ad adottare tutte le cautele necessarie ad evitare violazioni del quadro normativo vigente, ponendo particolare attenzione ad una più chiara regolamentazione della partecipazione del socio privato alla nuova società (in modo da escludere ogni sua ingerenza nell'attività gestoria del servizio pubblico) ed a limitarne l'apporto all'aspetto meramente finanziario, considerata l'assenza di procedure ad evidenza pubblica per il suo ingresso nella compagine societaria.*

In fase di controdeduzioni ATP s.r.l., Autoguidovie S.p.A. e la Città Metropolitana di Genova hanno concordemente precisato che la ATP Esercizio s.r.l. non può ritenersi destinataria di affidamento *in house*. Il Sindaco della Città Metropolitana di Genova in particolare ha rilevato che ATP Esercizio s.r.l. non è affidataria *in house* del servizio di trasporto pubblico locale nel bacino della provincia di Genova, ma lo è in forza di un eccezionale titolo legislativo costituito *ex lege*. Autoguidovie S.p.A. ha ribadito, per parte sua, di non considerarsi socio meramente 'finanziatore' della ATP Esercizio s.r.l. e quest'ultima ha confermato l'impossibilità di confinare il socio privato (Autoguidovie s.p.a.) nella posizione di socio 'mero finanziatore', in quanto ciò non è ritenuto compatibile con la disciplina societaria. È stata, altresì, formulata richiesta di audizione presso il Consiglio dell'Autorità.

Con successiva nota del 30.11.2016, prot. in ingresso ANAC n. 178943 del 2.12.2016, il segnalante ha inviato all'Autorità un aggiornamento sulle vicende che avevano formato oggetto delle sue precedenti segnalazioni.

In sede di Audizione presso l'ANAC tenutasi il 18.1.2017 la Città Metropolitana di Genova ha prodotto documentazione che mostra come nel corso dell'istruttoria condotta dall'Autorità sia mutato l'intendimento rappresentato con la Deliberazione n. 31/2016 sopra indicata e sia stata accantonata l'idea della fusione per incorporazione.

Infatti, con Deliberazione n. 53 del 21.12.2016 il Consiglio Metropolitanano ha prospettato una strategia differente da quella prevista con la precedente Deliberazione ritenendo praticabile, anche alla luce del D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società partecipate), un aumento di capitale di ATP Esercizio s.r.l. cui partecipi la controllante ATP S.p.A., basata su specifici presupposti, sostanziali e procedurali, tra i quali: a) che ATP Esercizio s.r.l. e ATP S.p.A. abbiano chiuso i propri tre ultimi bilanci annuali (2014; 2015; 2016) senza perdite; b) che venga presentato da ATP Esercizio s.r.l. e condiviso da ATP S.p.A. un apposito piano di misure e di investimenti che garantisca l'equilibrio finanziario nella sua durata; c) che l'aumento di capitale non comporti l'aumento della percentuale di proprietà azionaria del socio privato e quindi venga mantenuto inalterato il controllo pubblico della società.

È stato, altresì, disposto che l'operazione avvenga nel rispetto delle procedure previste dal d.lgs. 175/2016 e, sempre ai sensi di tale Testo Unico, previa comunicazione alla Corte dei Conti, all'Autorità

Garante della Concorrenza e del Mercato ed approvazione del piano di risanamento da parte dell'Autorità di regolazione del settore.

Prendendo a base tale operazione, indicata con Deliberazione del Consiglio Metropolitan n. 53 del 21.12.2016, il Sindaco della città Metropolitana di Genova con le ultime note istruttorie successive all'Audizione fatte pervenire all'Autorità in data 21.2.2017 (prot. n. 30456) ha aggiunto ulteriori elementi, non riportati nella Deliberazione sopra citata. In particolare, è stato rappresentato che la suddetta operazione di aumento di capitale “*deve vedere il necessario e rilevante coinvolgimento economico del socio privato (Autoguidovie S.p.A.)*” si aggiunge, inoltre, che “*parrebbe altresì opportuno che l'Assemblea straordinaria della società deliberi una modifica statutaria, nelle more dell'emanazione del DPCM di cui all'art. 11, comma 3 del TUSP e, comunque, della piena applicazione delle disposizioni del citato TU, la quale preveda l'attribuzione da parte del consiglio di amministrazione di deleghe di gestione ad un solo amministratore (v. art. 11, comma 9, lett. a del TUSP) e che la designazione di tale figura sia attribuita al socio privato*”. Le note istruttorie argomentano, ulteriormente, sull'opportunità di tale scelta “*non solo per fare acquisire alla società controllata particolari esperienze tecniche*” ma per favorire anche una “*più efficace governance*” dato che un organo amministratore non designato dal socio pubblico sarebbe – sempre secondo quanto rappresentato nelle note istruttorie –meno interferibile dalla capacità di pressione della parte sociale sugli esponenti degli enti pubblici.

A.T.P. Esercizio S.r.l. e ATP S.p.a., pure presenti in Audizione presso l'ANAC il 18.1.2017, in quella sede, nel ribadire la natura di socio ai sensi del codice civile di Autoguidovie S.p.a. non hanno aggiunto elementi ulteriori rispetto a quanto già rappresentato in sede di controdeduzioni.

Il segnalante, con successiva nota prot. in ingresso ANAC n. 21949 del 10.2.2017, ha fornito ulteriore documentazione in ordine alle vicende sopra rappresentate, segnalando altresì l'irregolarità nella nomina del Direttore Tecnico della società in violazione dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità.

Ritenuto in diritto

Al fine di una compiuta valutazione istruttoria si rende necessario preliminarmente qualificare, alla luce del quadro normativo vigente, la natura della società ATP Esercizio s.r.l., operazione che non può prescindere dalla considerazione dell'attività dalla stessa espletata.

Come è noto, nell'ambito delle società pubbliche, da intendersi come società partecipate da pubbliche amministrazioni, possono essere individuati due modelli principali, il primo che si colloca in una prospettiva di regolamentazione prevalentemente privatistica e l'altro che si colloca, invece, in una prospettiva di regolamentazione prevalentemente pubblicistica. Nell'ambito del primo modello rientrano le società a controllo pubblico, le società a partecipazione pubblica e le società quotate, con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità gradualmente più ridotta, mentre nel secondo modello rientrano le società strumentali e le società *in house*, con deroghe al codice civile di maggiore rilevanza (Consiglio di Stato, parere 968/2016).

Nel caso di specie ATP Esercizio s.r.l. appartiene originariamente al secondo modello, in quanto costituita con partecipazione pubblica totalitaria al fine di subentrare, per effetto della cessione di ramo di Azienda della ATP S.p.a., nell'affidamento *in house* del servizio di trasporto pubblico locale. Tale qualificazione viene confermata ‘per tabulas’ dalla documentazione prodotta in atti in sede di istruttoria,

in quanto si legge nella Determinazione del Sindaco della Città Metropolitana di Genova n. 60/2015 che: a) ATP S.p.A. gestiva *in house* il Trasporto Pubblico Locale (TPL) nella Provincia di Genova (circostanza peraltro pacificamente ammessa da tutti i soggetti presenti in istruttoria); b) “ATP Esercizio s.r.l. (controllata al 100% da ATP S.p.A.) è subentrata nei rapporti giuridici attivi e passivi derivanti dai contratti di servizio -TPL- (prorogati *ex lege*) in essere tra la Provincia di Genova e la ATP S.p.A.”.

In questo contesto, non può attribuirsi al Concordato Preventivo con continuità aziendale omologato dal Tribunale di Genova in data 30.10.2014 una finalità allo stesso estranea, e cioè quella di modificare la natura e lo scopo della società ATP Esercizio s.r.l.. Ed infatti, le argomentazioni del Giudice Fallimentare relative alla circostanza che “tale società ha una sfera d’azione riconducibile al diritto privato in quanto la stessa svolge la propria attività non in favore dell’ente pubblico ma dei privati che intendono avvalersi dei suoi servizi” sono del tutto coerenti con quanto chiarito dalla giurisprudenza, ossia che il profilo pubblicistico della società *in house* non ha l’effetto di precludere la loro assoggettabilità allo statuto dell’imprenditore ai fini dell’applicazione delle procedure previste in caso di insolvenza. Ed infatti, come precisato dalla giurisprudenza nelle “*società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l’esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l’interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all’interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità*” (Cass. Sez. I Civile, Sent. n. 3196 del 7.2.2017).

Nel Piano di concordato si legge chiaramente che l’esclusiva finalità del medesimo è quella di: “consentire ad ATP Esercizio s.r.l. di risolvere la crisi in cui versa garantendo la continuità del servizio e raggiungendo con i creditori un accordo che preveda il pagamento integrale dei creditori privilegiati ed un parziale soddisfacimento dei creditori chirografari possibile grazie a: a) apporto di nuova finanza da parte dei soci; b) contributo della Provincia e dei Comuni utenti finalizzato all’aumento del corrispettivo del contratto di servizio di trasporto provinciale; c) interventi di riorganizzazione industriale finalizzati ad ottenere risparmi; d) una riduzione del costo del lavoro; c) conseguenti flussi finanziari generati dalla gestione in continuità dell’attività in equilibrio economico, patrimoniale e finanziario per il biennio 2014-2015”.

Ciò posto, in ordine al progressivo ingresso di capitale privato nella ATP Esercizio s.r.l. si rileva quanto segue.

La cessione di quote di ATP Esercizio s.r.l. ad SMC s.c.a.r.l. è stata disposta dal Giudice Fallimentare con esclusiva finalità di soddisfazione del credito e senza alcun esborso finanziario da parte di quest’ultima, come ulteriormente confermato dalla circostanza che con apposito patto parasociale l’interesse del nuovo socio SMC s.c.a.r.l. è stato specificamente tutelato sotto il profilo finanziario. Il concordato preventivo è chiaro, per contro, nell’affermare che il controllo della ATP esercizio s.r.l. rimane saldamente in mano pubblica (ATP S.p.A.).

Inoltre, alla luce di quanto evidenziato in fatto, la SMC s.c.a.r.l. è società a prevalente partecipazione pubblica (se si esclude il 21,5% di cui sopra si è detto), con finalità consortili e senza fini di lucro che rivolge le proprie attività al miglioramento dei servizi delle consorziate. Come tale la stessa non è direttamente equiparabile ad un ‘socio privato’ della ATP Esercizio s.r.l.

Ed ancora, è stato rilevato che quasi contestualmente al concordato con continuità aziendale (e prima dell’ingresso in ATP Esercizio s.r.l. di Autoguidovie S.p.A.) il mantenimento del servizio di

trasporto pubblico locale in capo alla ATP esercizio s.r.l. è stato disposto in forza di specifiche previsioni di legge regionale che hanno previsto la proroga, da ultimo fino al 31.12.2017, degli originari affidamenti. Pertanto, dopo il concordato la ATP Esercizio s.r.l. si configurava come società a controllo pubblico che in virtù di un titolo originario (cessione del ramo di azienda relativo all'esercizio del servizio di trasporto pubblico locale), prorogato per legge, esercita in via esclusiva un servizio pubblico essenziale.

Da ciò discende che anche considerando rilevante il minimo apporto di capitale privato avvenuto con l'ingresso del socio SMC s.c.a.r.l. ai fini della qualificazione della ATP Esercizio s.r.l. con conseguente transizione da un modello societario *in house* a quello di società a controllo pubblico, tale circostanza non appare idonea a mutare, in termini sostanziali, il quadro normativo di riferimento applicabile.

Si ricorda, al riguardo, che la giurisprudenza già sopra citata ha rilevato che *le società a partecipazione pubblica sono assoggettate a regole analoghe a quelle applicabili ai soggetti pubblici nei settori di attività in cui assume rilievo preminente, rispettivamente, la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti e la destinazione non privatistica della finanza di intervento*. Nel caso di specie la ricorrenza di simili presupposti è verificata da:

- la partecipazione pubblica quasi totalitaria;
- la presenza di controllo pubblico;
- la specifica attività espletata, ossia la gestione di un servizio pubblico di rilevanza economica, quale il servizio di trasporto pubblico locale nei bacini di competenza dell'ex Provincia di Genova, assegnata in via diretta dall'ente pubblico competente e mantenuta, anche dopo la scadenza del termine originario, per effetto di ripetute proroghe introdotte per legge.

In data 6.5.2016 la SMC s.c.a.r.l. ha ceduto l'intero pacchetto azionario del 48,46% in ATP Esercizio s.r.l. alla Autoguidovie S.p.A. dopo che il Consiglio di Amministrazione della ATP S.p.A. (controllante e proprietaria delle restanti quote) con Deliberazione del 20.4.2016 esprimeva la volontà di non esercitare il diritto di prelazione. Come rilevato in fatto, Autoguidovie S.p.A. è un soggetto privato operante nell'ambito del trasporto pubblico locale nel nord Italia. Può pertanto qualificarsi come socio privato.

La regola della gara nella scelta del socio privato ai fini della costituzione delle società miste ha trovato riscontro, come norma generale, nell'art. 1, comma 2, d.lgs. 163/2006 secondo cui, ove le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o la gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato deve avvenire con procedure di evidenza pubblica. La norma è stata trasposta nell'art. 5, comma 9, d.lgs. 50/2016 vigente al tempo della cessione della quota alla Autoguidovie S.p.A. Il principio della scelta del socio privato con gara, come previsto all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 163/2006 e, quindi, all'art. 9, comma 5, d.lgs. 50/2016, è stato ritenuto applicabile oltre la fase di costituzione della società, anche in fase di esecuzione del contratto quando la società risulti già costituita e affidataria di un contratto pubblico (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 8376/2009). Precisamente, la regola della procedura di gara ad evidenza pubblica deve trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui una società mista, ove pure non originariamente tale, «apra il proprio capitale all'apporto di un socio privato industriale attraverso un'operazione straordinaria di vendita di quote o di aumento di capitale, cosicché risulti modificato, per effetto di detta operazione, l'assetto soggettivo della gestione».

Inoltre, il principio della gara pubblica trova applicazione anche ove non sia l'amministrazione avente qualità di socio pubblico, bensì la società a procedere direttamente alla vendita delle azioni. La norma ha natura dichiarativa e confermativa di una regola generale già presente nell'ordinamento giuridico secondo cui il socio operativo deve essere scelto con procedura ad evidenza pubblica con la conseguenza che la violazione di tale regola generale determinerebbe il crearsi di posizioni monopolistiche e la sottrazione di operatori economici al mercato dei servizi pubblici locali (si vedano in tal senso: Cons. Stato, Adunanza Plenaria, n. 1/2008; Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007; Cons. Stato, sez. V. n. 824/2009).

Ed ancora, nel settore del trasporto pubblico locale, il principio della gara pubblica per la scelta dei soggetti privati affidatari dei servizi ha trovato espresso riconoscimento con il decreto legislativo n. 422 del 1997 che prevede un passaggio graduale dalla municipalizzazione della gestione del servizio pubblico di trasporto locale e regionale ad un'apertura alla concorrenza. Ciò si legge all'art. 18, comma 2, allo scopo di «incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale».

Nel caso concreto relativo alla ATP Esercizio s.r.l., la peculiarità che si rinviene rispetto alla casistica esaminata e che rende il caso emblematico è data dalla circostanza che non è il socio pubblico di maggioranza ATP S.p.A. a vendere la quota di partecipazione, bensì la società a prevalente partecipazione pubblica e senza scopo di lucro SMC s.c.a.r.l. che, a sua volta, acquisiva la titolarità della quota azionaria in sede di concordato preventivo, a condizioni eccezionali, come conversione di un diritto di credito e in assenza del pagamento di un corrispettivo. Inoltre, attraverso la sottoscrizione di accordi parasociali, la SMC s.c.a.r.l. acquisiva le azioni con esclusione dalla gestione operativa.

Sulla base dell'istruttoria condotta dall'Autorità, pertanto, non può dedursi che la volontà delle parti sia stata nel senso di trasferire ad Autoguidovie S.p.A. le azioni con le relative funzioni di socio operativo. Tra l'altro il trasferimento delle azioni da parte della SMC s.c.a.r.l. avrebbe dovuto avvenire alle stesse condizioni alle quali è stato autorizzata in sede di concordato straordinario. Si aggiunga che il “socio industriale” o “operativo”, soggetto che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso, deve essere scelto con procedura di gara ad evidenza pubblica “a doppio oggetto” soggetta alla disciplina del codice dei contratti pubblici.

Pertanto, la necessaria applicazione delle norme del Codice dei contratti pubblici e del principio della gara “a doppio oggetto” può essere esclusa solo nel caso in cui il socio Autoguidovie S.p.A. mantenga fino alla scadenza dell'affidamento del servizio la qualità di socio non operativo.

Con riferimento, poi, alle modalità di selezione del socio privato non operativo, considerata anche la natura prevalentemente pubblica della SMC s.c.a.r.l., si ritiene che avrebbe dovuto essere indetta una procedura ad evidenza pubblica non discriminatoria e trasparente ai fini della scelta di un socio da inserire nella compagine azionaria della società attualmente affidataria del servizio pubblico in conformità alle norme di contabilità pubblica, oggi confermate nei principi del decreto legislativo n. 175/2016.

Nella sentenza 28 settembre 2016 n. 4140 il Consiglio di Stato, nel confermare l'indirizzo secondo cui l'ambito di applicazione di tale principio generale relativo al confronto competitivo «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», ha considerato che «l'obbligo di rispettare la regola dell'evidenza pubblica per l'alienazione delle quote sociali detenute da una società mista risponde ad un principio di ordine pubblico economico (anche di matrice comunitaria) presiedendo al rispetto degli altrettanto generali principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione fra i potenziali concorrenti».

A tale riguardo si segnala che ai sensi dell'art. 10, comma 2, d.lgs. 175/2016 «l'alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. In casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dall'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente».

Quindi si ritiene che anche il Testo Unico confermi che la procedura da seguire, al di fuori dell'applicazione del decreto legislativo n. 50 del 2016, sia quella della procedura di scelta del socio privato secondo i principi che caratterizzano l'evidenza pubblica, fermi restando casi eccezionali adeguatamente motivati in cui è consentita la negoziazione diretta con un singolo acquirente, anche in ragione della dimostrata convenienza economica. Le motivazioni alla base di detto affidamento vanno rintracciate nelle deliberazioni del Consiglio di Amministrazione dei soci coinvolti nella vendita della quota.

Deve, comunque, evidenziarsi che ai sensi dell'art. 10, comma 3, d.lgs. 175/2016 «la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'alienazione della partecipazione rende inefficace l'atto di alienazione della partecipazione»

In relazione, infine, alle operazioni societarie prospettate nel corso dell'istruttoria e volte al risanamento della situazione patrimoniale della ATP Esercizio s.r.l. si rileva quanto segue.

L'Autorità prende atto dell'accantonamento dell'ipotesi della fusione inversa tra ATP S.p.A. ed ATP Esercizio s.r.l. che, con il conseguente trasferimento ad ATP Esercizio s.r.l. (e dunque ai suoi soci) della proprietà dei beni immobili (autorimesse ed officine) di ATP S.p.A. adibiti al servizio di trasporto pubblico locale, avrebbe potuto determinare ulteriori criticità in relazione alla posizione del socio privato in ATP Esercizio s.r.l.

Con riferimento all'aumento di capitale, da ultimo prospettato, si osserva che ai sensi dell'art. 1, comma 3, d.lgs. 175/2016 «per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». Pertanto, deve ritenersi applicabile al caso di aumento del capitale sociale la disciplina contenuta agli artt. 2438 e segg. del codice civile, con l'avvertenza che, come già rilevato, la procedura ad evidenza pubblica si rende necessaria nel caso in cui tramite l'aumento di capitale si stia sostanzialmente individuando un socio industriale o operativo.

Inoltre, in tema di aumento di capitale sociale, l'art. 5 d.lgs. 175/2016 prescrive che l'atto deliberativo di acquisto di partecipazioni, anche indirette, compreso anche un eventuale aumento di capitale sociale, sia analiticamente motivato secondo le indicazioni contenute nel medesimo articolo in ragione della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria ed in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impiegate, nonché di gestione diretta o

esternalizzata del servizio affidato, nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Ed ancora, le operazioni di aumento del capitale sociale, adeguatamente motivate in conformità alle previsioni contenute nella norma, sono soggette al vaglio della Corte dei Conti, a fini conoscitivi, e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per l'esercizio dei poteri di competenza, con particolare riferimento al rispetto dei principi del Trattato, ivi compresa la disciplina in tema di aiuti di Stato.

Infine in tema di organi amministrativi e di controllo nelle società a controllo pubblico a responsabilità limitata, il TU 175/2016 all'art. 11, comma 4, prevede espressamente che nella scelta degli amministratori deve essere rispettato il principio di equilibrio di genere. Inoltre, il comma 5 del medesimo articolo deroga espressamente all'art. 2475 c.c., terzo comma, per cui non è consentito prevedere che l'amministrazione sia affidata a due o più soci.

Per quanto riguarda il regime applicabile in genere alle società a responsabilità limitata sembra doversi ritenere applicabile quello degli artt. 2464 e segg. del codice civile in tema di conferimenti e quote ove, all'art.2468, prevede espressamente che i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione di ciascuno posseduta in ragione del conferimento effettuato e salvo che l'atto costitutivo non preveda diversamente. Ai sensi dell'art. 2479 la nomina degli amministratori, dei sindaci e del presidente del collegio sindacale è effettuata dall'assemblea dei soci.

Con riferimento, in ultimo, al quesito relativo alla possibilità, in caso di esperimento della nuova gara, che alla stessa partecipi la ATP Esercizio s.r.l., si rileva che la Corte di Giustizia europea e la giurisprudenza amministrativa hanno da ultimo ritenuto che “la circostanza che una delle imprese concorrenti sia partecipata dalla stessa amministrazione appaltante è, di per sé, irrilevante, giacché non è contemplata da alcuna norma come elemento ostativo, alla partecipazione ad una pubblica gara d'appalto indetta dall'ente titolare della partecipazione; e che a diversa conclusione non può pervenirsi in applicazione dei principi costituzionali d'imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa nonché dei principi generali di concorrenzialità, poiché le garanzie offerte dalla procedura dell'evidenza pubblica sono idonee ad escludere che la partecipazione alla società da parte dell'ente pubblico che bandisce la gara configuri, di per se stessa, fattore distorsivo della concorrenza ed offrire alla società partecipata un illegittimo vantaggio a scapito delle altre imprese” (v. CdS, sez. VI, Sent. n. 3499/08, Sez. V, Sent. n. 6325/04). Sulla base di queste indicazioni anche l'Autorità, con Parere n. 42 del 27.3.2013 ha ritenuto che “Le società a capitale misto pubblico minoritario operanti nei servizi pubblici locali non presentano i requisiti dell'*in house providing* e non soggiacciono alle limitazioni relative alla partecipazione alle gare pubbliche. In seguito alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, del D.L. n. 138/2011, è scomparso dal mondo giuridico il divieto di partecipazione alle gare pubbliche nei confronti delle imprese che abbiano goduto di affidamenti diretti”.

Tutto quanto sopra considerato e ritenuto

DELIBERA

- In forza dei principi rappresentati, i contratti attivi della pubblica amministrazione– tra i quali rientrano tutte le forme attraverso le quali la pubblica amministrazione ricerca finanziamenti privati – soggiacciono ai principi generali dell'evidenza pubblica; tali operazioni vanno necessariamente tenute distinte da ulteriori e diverse attività contrattuali della pubblica amministrazione che, implicando direttamente o indirettamente l'affidamento a soggetti privati della gestione operativa di servizi pubblici, non solo soggiacciono alle regole generali dell'evidenza pubblica, ma sono ulteriormente sottoposte alla più rigorosa disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016 in materia di affidamento di contratti pubblici.
- La vendita diretta delle quote sociali di ATP Esercizio s.r.l. da parte di SMC s.c.a.r.l. ad Autoguidovie S.p.A. in assenza di procedura ad evidenza pubblica non è conforme ai principi di trasparenza, imparzialità e concorrenza che devono ispirare anche l'azione delle società a partecipazione pubblica se non motivata da apposita delibera dell'organo competente ai sensi del dell'art. 5 del D.lgs 175/2016 che recepisce un principio desumibile da quelli generali di contabilità pubblica, motivazione che dia analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione di negoziazione diretta con un singolo acquirente, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita.
- La vendita delle quote sociali di ATP Esercizio s.r.l. da parte di SMC s.c.a.r.l. ad Autoguidovie S.p.A. non poteva avvenire a condizioni diverse rispetto a quelle alle quali è stata autorizzata la cessione ad SMC s.c.a.r.l. in sede di concordato straordinario. Non può quindi ritenersi che la volontà delle parti sia stata nel senso di trasferire ad Autoguidovie S.p.A. le azioni con le relative funzioni di socio operativo.
- La necessaria applicazione delle norme del Codice dei contratti pubblici e del principio della gara “a doppio oggetto” può essere esclusa solo nel caso in cui il socio Autoguidovie S.p.A. mantenga fino alla scadenza dell'attuale affidamento del servizio la qualità di socio non operativo di ATP Esercizio s.r.l.
- Le operazioni di aumento del capitale sociale, adeguatamente motivate in conformità alle previsioni contenute nel D.lgs 175/2016, sono soggette al vaglio della Corte dei Conti, a fini conoscitivi, e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per l'esercizio dei poteri di competenza. Deve inoltre ritenersi applicabile al caso di aumento del capitale sociale la disciplina contenuta agli artt. 2438 e segg. del codice civile, con l'avvertenza, come già rilevato, che la procedura ad evidenza pubblica si rende necessaria nel caso in cui tramite l'aumento di capitale si stia sostanzialmente individuando un socio industriale o operativo.
- Non si ravvisano elementi ostativi alla partecipazione di ATP Esercizio s.r.l. alla futura gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 6 luglio 2017
Il Segretario, Maria Esposito