

**N. 02424/2016REG.PROV.COLL.**

**N. 09651/2015 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 9651 del 2015, proposto da: Ativa (Autostrada Torino Ivrea Val D'Aosta) s.p.a., Sias - Società Iniziative Autostradali e Servizi s.p.a., Mattioda Pierino & Figli Autostrade s.r.l., tutte nelle persone dei legali rappresentanti, rappresentate e difese dagli avvocati Arturo Cancrini, Marco Annoni, Vittorio Barosio, Carlo Croff, Filippo Brunetti, Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, piazza San Bernardo, 101;

***contro***

Comune di Torino, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Donatella Spinelli e Massimo Colarizi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, viale Bruno Buozzi, 87; Finanziaria Città di Torino Holding s.r.l, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Colarizi e Mario Eugenio Comba,

con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, viale Bruno Buozzi, 87;

***nei confronti di***

Anas s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti e Massimo Occhiena, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, Via Emilia 88;

Provincia di Torino,

Sitaf s.p.a. - Società Italiana per il Traforo Autostradale del Frejus;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Piemonte. Sez. I n. 1154/2015, resa tra le parti, concernente la dismissione di partecipazione societaria;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Torino, della Finanziaria Città di Torino Holding s.r.l. e dell'Anas s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2016 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Scarpello per delega di Cancrini, Annoni, Brunetti, Comba, Spinelli, Colarizi e Vinti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

La vicenda per cui è causa concerne le modalità procedurali di avvenuta alienazione ad Anas s.p.a., da parte del Comune di Torino, della partecipazione azionaria in SITAF s.p.a..

La SITAF (Società Italiana per il Traforo Autostradale del Frejus) s.p.a. è una società avente per scopo la costruzione e la gestione di opere di viabilità, che fu costituita nel 1960 su convergente iniziativa del Comune e della Provincia di Torino, di quella Camera di commercio, di alcune imprese creditizie, assicurative e

industriali e di loro associazioni. Essa è titolare della concessione per la progettazione, la costruzione e l'esercizio del Traforo del Fréjus e dell'Autostrada *A32 Torino-Bardonecchia*. Detta concessione è regolata dall'apposita convenzione in data 22 dicembre 2009 stipulata con Anas (Azienda Nazionale Autonoma delle Strade) s.p.a. (già ente pubblico economico, a norma del d.lgs. 26 febbraio 1994, n. 143 e del d.P.C.M. 26 luglio 1995; quindi società per azioni per effetto dell'art. 7 d.-l. 8 luglio 2002 n. 138, convertito dalla l. 8 agosto 2002, n. 178, che prevede anche l'attribuzione *ex lege* dei preesistenti compiti pubblicistici).

Di Anas s.p.a. è unico socio il Ministero dell'economia e delle finanze.

Di SITAF s.p.a. sono (o meglio erano, all'inizio della vicenda per cui qui è causa) soci soggetti pubblici e soggetti privati. Tra i primi (pari a complessivamente il 51,16% del capitale sociale) vi sono la Provincia di Torino (8,694% del capitale sociale), la Città di Torino (10,653% del capitale sociale) - per il tramite della Finanziaria Città di Torino s.r.l. ("FCT"); ANAS s.p.a. (31,746% del capitale sociale); Autostrada Albenga Garessio Ceva s.p.a. (0,069% del capitale sociale).

Di SITAF s.p.a. sono soci privati, tra gli altri, Ativa s.p.a. (1,080% del capitale sociale), Mattioda Pierino & Figli Autostrade s.r.l. (10,191% del capitale sociale), S.I.A.S. s.p.a. (36,53 % del capitale sociale).

L'art. 6 dello statuto SITAF, dedicato al capitale sociale, riserva *“agli Azionisti Enti Pubblici Statali, Regionali, Provinciali, Comunali, Enti di Diritto Pubblico, Enti Pubblici Economici, Istituti di Credito o Società a Prevalente Capitale Pubblico almeno il 51% (cinquantuno) del capitale sociale”*.

L'art. 3.2. punto z1 della detta Convenzione tra SITAF e ANAS prevede che il Concessionario debba *“mantenere nel proprio statuto la clausola di partecipazione pubblica al capitale pari al 51% almeno fino a quando si renderanno necessari gli interventi finanziari legati alla garanzia rilasciata dallo Stato sui mutui della società”*.

L'art. 3, commi 27 e ss., l. 24 dicembre 2007, n. 244 (*Disposizioni per la formazione del*

*bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008))* prevede il divieto per le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, nonché di assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società e la cessione a terzi delle medesime entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della stessa legge.

Tale termine è stato prorogato di dodici mesi dall'art. 1, comma 569, l. 27 dicembre 2013, n. 147 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2014)*), decorsi i quali *“la società liquida in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, del codice civile”*.

Il Comune di Torino, in attuazione di dette previsioni di legge e per fronteggiare esigenze di bilancio derivanti dall'ingente esposizione debitoria della sua società finanziaria FCT nei confronti di esso Comune, avviava la dismissione della partecipazione in SITAF mediante una procedura negoziata di vendita con Anas s.p.a., come detto già titolare di una quota del 31,746%: In tal modo Anas s.p.a. andava a consolidare il 51% del capitale sociale di SITAF, anche in virtù di simile operazione condotta dalla Provincia di Torino (oggetto di analogo separato giudizio).

La procedura avrebbe dovuto terminare entro il 31 dicembre 2014 con il primo atto di vendita, successivo alla cancellazione del ricordato vincolo statutario di maggioranza pubblica del capitale sociale; vincolo previsto anche dalla convenzione di concessione autostradale e da alcuni atti interni di SITAF s.p.a.. Questo avrebbe reso, in termini economico-finanziari, più appetibile la quota SITAF da poi offrire al mercato: ciò anche *“nell'ottica di realizzare un'ottimale valorizzazione delle quote azionarie detenute dai soci pubblici in Sitaf”*.

In attuazione di quanto così deliberato dal Comune, Anas s.p.a. sottoscriveva il 14 novembre 2014 un accordo preliminare con la Provincia e con FCT - poi sostituito da un contratto definitivo - per l'acquisizione delle quote di partecipazione in SITAF: Vi si precisava che l'ANAS si obbligava a poi cedere sul mercato tutte le azioni SITAF possedute una volta apportate le necessarie modifiche statutarie e convenzionali e secondo un disegno di dismissione azionaria articolato in fasi, corrispondenti al venir meno del vincolo del capitale a maggioranza pubblica, perdurante peraltro fino a quando fossero stati necessari interventi finanziari relativi alla garanzia rilasciata dallo Stato sui mutui della società.

Senonché i soci privati ATIVA s.p.a., SIAS s.p.a. e Mattioda Pierino & Figli Autostrade s.r.l. con nota del 12 novembre 2014 contestavano il descritto *modus procedendi* e le inerenti giustificazioni, invitando le altre parti a non dare esecuzione all'accordo preliminare e sollecitando la convocazione dell'assemblea straordinaria ai sensi dell'art. 2367 (*Convocazione su richiesta dei soci*) Cod. civ., per deliberare la (previa) modifica dell'art. 6 dello Statuto sociale con l'eliminazione del vincolo di maggioranza pubblica del capitale sociale.

Contestualmente, le medesime presentavano a Provincia e a Comune di Torino un'offerta irrevocabile per l'acquisto delle partecipazioni detenute dai due enti locali in SITAF.

In assenza di positivi riscontri alle istanze formulate, le ricorrenti impugnavano davanti al Tribunale amministrativo del Piemonte la delibera di dismissione, recante anche il piano prima descritto, deducendo i seguenti motivi di diritto:

I/II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 1, l. 30 luglio 1994, n. 474, dell'art. 3, commi 29 e 27 l. 24 dicembre 2007 n. 244, che impongono il ricorso a procedure ad evidenza pubblica aperte e non discriminatorie per la dismissione delle partecipazioni detenute dagli enti locali che non siano strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Eccesso di potere per

erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto d'istruttoria e motivazione, contraddittorietà/illogicità, sviamento.

III) Violazione e falsa applicazione del r.d. n. 18 novembre 1923, n. 2440 [*Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*] e del r.d. 23 maggio 1924, n. 827 [*Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*]. Violazione e falsa applicazione dell'art. 57 d.lgs. n. 163 del 2006 - Eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto d'istruttoria e motivazione, contraddittorietà/illogicità, sviamento.

IV) Eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto d'istruttoria e motivazione, contraddittorietà/illogicità, sviamento.

V) Violazione e falsa applicazione dell'art. 6, comma 1, lett. b) l. 12 agosto 1982, n. 531 [*Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale*] e dell'art. 1, comma 1, l. 5 luglio 1990, n. 183 [*Norme per la definizione dei profili professionali del personale dell'Azienda nazionale autonoma delle strade (ANAS) e per le autorizzazioni alla medesima Azienda a sottoscrivere azioni della Società italiana per il traforo autostradale del Fréjus (SITAF)*] nonché dell'art. 2.6 dello Statuto di Anas.

Si costituivano in giudizio il Comune di Torino, FTC Holding s.r.l. e Anas s.p.a., sostenendo il difetto di giurisdizione amministrativa e la tardività, l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso di cui chiedevano la reiezione.

Nelle more del giudizio le ricorrenti depositavano memorie integrative, la cui ammissibilità veniva contestata dalle parti intimato.

Il 17 dicembre 2014 veniva stipulato il contratto definitivo di compravendita delle azioni.

Per conseguenza oggi ANAS dispone del 51,092% del capitale sociale di SITAF.

Su questa base, ANAS eccepiva l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse ad agire delle ricorrenti: infatti i contratti "attivi" non possono essere dichiarati inefficaci, in quanto per essi non ha applicazione il potere di

caducazione del contratto ad opera del giudice amministrativo a norma dal *Codice dei contratti pubblici*.

Con la qui impugnata sentenza 10 luglio 2015, n. 1154 il Tribunale amministrativo del Piemonte decideva il ricorso.

Quanto alle eccezioni preliminari, quel giudice riteneva anzitutto sussistere l'interesse ad agire, negando che fosse venuto meno per mancata impugnazione delle delibere di Consiglio comunale del 20 dicembre 2010 e di Giunta comunale del 13 dicembre 2013. La delibera del Consiglio Comunale del 20 dicembre 2010 era infatti solo una previsione generica riguardante la scelta della dismissione di una pluralità di partecipazioni societarie e le relative modalità attualmente in controversia, dunque priva di carattere lesivo. Quanto alla successiva delibera di Giunta del 13 dicembre 2013 con cui era stata avviata una gara riservata a soggetti pubblici, questa non era un presupposto rispetto alla successiva delibera del 30 settembre 2014 - che è il provvedimento principalmente impugnato - ed invece è stata semplicemente sostituita dalla seconda, quindi era rimasta estranea al susseguente procedimento, senza poi contare che i suoi contenuti erano opposti all'interesse delle ricorrenti.

Nemmeno era poi assumibile la carenza di giurisdizione amministrativa a causa dei profili di asserita *nullità* della clausola statutaria di SITAF, posto che il *petitum* sostanziale della controversia era incentrato sulla contestazione dei provvedimenti posti in essere dal Comune in asserita ottemperanza alla l. n. 244 del 2007, e non già sulla declaratoria di invalidità di clausole negoziali; sicché i profili interni a SITAF di diritto societario rivestivano carattere meramente incidentale. E inoltre l'art. 10 dello Statuto SITAF, che prevede che "*le azioni potranno essere alienate liberamente fra soci e dai soci a terzi acquirenti*", non introduce limitazioni alle modalità di cessione di azioni a terzi, ed lascia libero un regolamento ad opera di fonti normative pubbliche, per quanto incidenti

dall'esterno sull'assetto societario.

La quarta eccezione, concernente l'avvenuta offerta di acquisto delle azioni da parte di ATTIVA, era per il primo giudice priva di reale utilità per le parti intimato, poiché il ricorso è stato presentato, oltre che da ATTIVA, anche da Mattioda Pierino & figli autostrade s.r.l.

Anche la quinta eccezione circa la scelta delle modalità di vendita, non era condivisibile secondo il giudice di primo grado. In astratto potevano sussistere - perché pertinenti alla discrezionalità dell'amministrazione - i presupposti per una pronuncia di condanna delle amministrazioni resistenti a indire una "*apposita procedura ad evidenza pubblica aperta e non discriminatoria per la dismissione delle partecipazioni*", rientrando questa attività nel contenuto dell'effetto conformativo della pronuncia di annullamento.

Nemmeno si poteva utilmente assumere, nel giudizio amministrativo, che da un giudizio di accoglimento non potesse poi derivare un difetto al contratto di compravendita delle azioni già stipulato; del resto l'annullamento delle impugnate determinazioni avrebbe autonomamente inciso sulla validità del contratto a valle, seppure secondo modalità su cui il giudice amministrativo non poteva pronunciarsi.

Ancora in via preliminare, per il Tribunale amministrativo era da rilevare che la FCT s.r.l. è in realtà una società *in house* del Comune di Torino: ciò riconduceva la vendita delle azioni SITAF all'art. 3, commi 27-29, l. n. 244 del 2007, vista la partecipazione sostanzialmente *diretta* del Comune.

Nel merito il Tribunale amministrativo respingeva il ricorso.

Assumeva il giudice che la l. 24 dicembre 2007, n. 244 aveva perseguito l'obiettivo di ridimensionare la presenza pubblica in ambiti estranei al raggio d'azione istituzionale dei vari enti e, quindi, di tutelare la libera concorrenza negando la sottrazione di parte dell'azione amministrativa ai canoni della trasparenza e del



controllo pubblico.

A questo fine quella legge (art. 3, comma 27) ha previsto che *«le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società»* e che tali partecipazioni vanno cedute a terzi (art. 3, comma 29) entro trentasei mesi nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica [termine poi prorogato - dell'art. 1, comma 569, l. 27 dicembre 2013, n. 147 - di ulteriori dodici mesi, decorsi i quali la società liquida in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri di determinazione del valore delle azioni stabiliti dall'art. 2437-ter, comma 2 Cod. civ.];

Sono quindi individuati i soggetti interessati e l'oggetto delle dismissioni.

Non vi sono restrizioni, per la sentenza, in relazione alla connotazione "privatistica" o "pubblicistica" dei soggetti acquirenti, tranne la non appartenenza agli enti di cui al richiamato art. 1, comma 2, d.lgs. 165 del 2001: ma tra questi non figurano gli enti pubblici economici e le società pubbliche, in quanto soggetti attratti in via prevalente esclusiva nell'area dell'impresa e non dell'amministrazione: il che giova a ricondurre Anas s.p.a. tra i soggetti legittimati all'acquisto delle azioni, sia dal punto di vista soggettivo, sia da quello oggettivo, trattandosi di materia stradale che attiene all'oggetto sociale della medesima Anas.

Inoltre la legge intende vincolare la dimissione delle quote societarie in parola alle regole dell'evidenza pubblica, secondo le previsioni dell'ordinamento nazionale e comunitario: per le quali ogni contratto della p.a. va preceduto da un'apposita serie di atti amministrativi previsti a presidio del pubblico interesse, salvo ipotesi eccezionali come la vigente procedura negoziata; il cui schema è comunque valido anche per le dismissioni di quote societarie, anche ai sensi dell'art. 1 d.-l. 31 maggio 1994, n. 332 [*Norme per l'accelerazione delle procedure di dimissione di partecipazioni dello*

*Stato e degli enti pubblici in società per azioni*, convertito dalla l. 30 luglio 1994, n. 474].

L'applicazione della *procedura negoziata* dell'art. 57 d.lgs. n. 163 del 2006 - nel testo vigente al momento dell'emanazione della delibera consiliare - è giustificata, per la sentenza, dalla stringente necessità di cedere le azioni ad Anas s.p.a., unico possibile contraente, sulla base dell'interesse dei soci pubblici a:

I) preservare la maggioranza pubblica del capitale sociale di SITAF sino all'eliminazione del vincolo statutario di cui all'art. 6;

II) valorizzare al massimo le partecipazioni oggetto di cessione;

III) rispettare il termine imposto dalla legge di stabilità 2014 [l. 27 dicembre 2013, n. 147] per la dimissione delle partecipazioni;

IV) preservare la concessione autostradale sottoscritta con Anas, condizionata – per espressa previsione di cui al punto 3.2 zl della convenzione - al mantenimento della maggioranza pubblica del capitale sociale di SITAF.

La clausola statutaria legittimerebbe sotto un duplice profilo logico la cessione diretta delle azioni ad Anas s.p.a., in quanto quest'ultima:

a) da un lato, come detto, rientra tra i soggetti astrattamente abilitati a detenere il 51% del capitale sociale (e anche in via totalitaria);

b) per altro verso, partendo da una partecipazione azionaria del 31,746%, è il solo soggetto concretamente in grado di consolidare la maggioranza pubblica del 51% del capitale sociale attraverso l'acquisizione congiunta delle quote della Provincia di Torino (pari all'8,694% del capitale sociale) e della Città di Torino (pari al 10,653% del capitale sociale).

In sintesi il Tribunale amministrativo riteneva che non vi fosse contrasto tra l'art. 3, commi 27 e 29, l. n. 244 del 2007 e la clausola statutaria di cui all'art. 6.

Il fine della l. 244 del 2007 era di liberare le amministrazioni pubbliche di incombenze loro estranee, tra cui la proprietà di quote societarie non attinenti ai loro ambiti propri di potestà e di competenze; ma senza privare altri soggetti

pubblici della possibilità di rilevarle, specie ove tali quote rientrassero nell'oggetto sociale o comunque nelle attribuzioni di questi ultimi: non si poteva quindi fare questione di *nullità* della clausola statutaria rispetto alla legge statale.

Una volta così risolti i problemi della vigenza della clausola statutaria dell'art. 6 e la sua compatibilità con il quadro normativo di riferimento - l. n. 244 del 2007 – con l'assenza di un obbligo normativo di rimozione del vincolo statutario della maggioranza pubblica, diveniva chiaro che la tematica delle modifiche statutarie attiene alle scelte discrezionali proprie dei soci. La delibera impugnata esprimeva un tale stato di cose, rinviando la successiva dismissione delle azioni ad opera di Anas s.p.a. al momento in cui si “*creeranno le condizioni per rimuovere*” quel vincolo statutario, senza meglio specificare l'*an* o il *quando* di tali eventi futuri.

Quanto al mancato superamento della detta clausola statutaria, per le ricorrenti incidono sia la possibilità del venir meno della garanzia dello Stato sui mutui contratti dai concessionari autostradali ai sensi della l. 24 luglio 1961, n. 729 [*Piano di nuove costruzioni stradali ed autostradali*] al momento della cessazione della prevalente partecipazione pubblica; sia il fatto che quel sistema [dei mutui assistiti da garanzia dello Stato] era stato abrogato dal dicembre 2008, a opera dell'art. 24 (*Taglia-leggi*) d.-l. 25 giugno 2008, n. 112 [*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133]; sia il fatto che nella vigenza della l. n. 729 del 1961 il *Fondo Centrale di Garanzia* aveva accumulato verso SITAF un considerevole credito, cui era subentrata Anas in base all'art. 1, comma 1025, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e che ciò faceva decadere la necessità della partecipazione maggioritaria pubblica.

Ma quanto al tema dei mutui, la convenzione pone la garanzia dello Stato come un limite temporale minimo e non massimo al mantenimento del vincolo del 51%; in realtà tale vincolo è legato, secondo il giudice di primo grado, piuttosto agli

interventi finanziari erogati dallo Stato, alla sua garanzia come creditore eventuale surrogato nella posizione degli istituti finanziatori: così appariva nel caso di specie, dove il vincolo maggioritario era stato confermato dopo l'abrogazione del sistema dei mutui assistiti dalla garanzia dello Stato, disposta dal dicembre 2008.

Ciò giustifica il mantenimento del vincolo, salvaguardato dalla vendita delle azioni all'Anas mediante procedura negoziata.

L'obiettivo della massima valorizzazione [economica] delle partecipazioni oggetto della cessione si basava, per il Tribunale amministrativo, sia sui limiti statutari, sia sul potere discrezionale della pubblica amministrazione, non sindacabile se non per eccesso di potere per manifesta incongruenza o palese irragionevolezza: ma tali elementi erano da ritenere assenti in considerazione che il valore realizzato era stato determinato sulla base di una perizia tecnica, la quale aveva determinato il prezzo per azione in una misura complessiva superiore a quello spontaneamente offerto da Ativa.

Aggiungeva il Tribunale amministrativo che anche le ragioni di urgenza derivanti dai tempi imposti dalla legge per la dismissione al fine di non incorrere nel meccanismo impositivo di liquidazione, richiedeva che si procedesse con la procedura negoziata senza bando, ai sensi dell'art. 57 del d.lgs. n. 163 del 2006: ciò dopo varie proroghe che avevano dato alle amministrazioni cedenti la possibilità di ben calibrare i tempi di cessione.

Tali considerazioni, per il giudice di primo grado, portavano a superare ogni rilievo di pretesa privatizzazione di tipo "assoluto", posto che le dismissioni erano collegate a ragioni essenzialmente funzionali e che il vincolo maggioritario non era al momento in discussione e rimaneva un oggetto di passaggio futuro ancora eventuale.

Quanto al quinto motivo del ricorso introduttivo, di asserita violazione dell'art. 6 comma 1, lett. b) della l. 12 agosto 1982, n. 531 [*Piano decennale per la viabilità di*

*grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale]* e dell'art. 1 [*Sottoscrizione di ulteriori azioni della SITAF S.p.a.*], comma 1, l. 5 luglio 1990, n. 183 [*Norme per la definizione dei profili professionali del personale dell'Azienda nazionale autonoma delle strade (ANAS) e per le autorizzazioni alla medesima Azienda a sottoscrivere azioni della Società italiana per il traforo autostradale del Fréjus (SITAF)*], oltre che dell'art. 2.6 dello Statuto di Anas, secondo le cui previsioni Anas è autorizzata a sottoscrivere azioni SITAF «*nella misura non superiore al 40% del capitale sociale*» - legge n. 531 del 1982 - nonché a concorrere all'aumento del capitale di SITAF «*al fine di mantenere ferma la partecipazione azionaria al capitale*» della società «*nella misura non superiore al 40% del capitale sociale*», le imprese ricorrenti avevano evidenziato che lo statuto di Anas (art. 2.6) le preclude di assumere partecipazioni in società “*a scopo di collocamento*”, cioè al fine di una loro successiva cessione, il che verrebbe ad aversi nel caso in esame.

Per il Tribunale amministrativo, prescindendo dalla natura giuridica dell'Anas s.p.a., era evidente che la più recente trasformazione dell'Anas in società per azioni, disposta dall'art. 7 [*Anas*] d.l. 8 luglio 2002, n. 138 [*Interventi urgenti in materia tributaria, di privatizzazioni, di contenimento della spesa farmaceutica e per il sostegno dell'economia anche nelle aree svantaggiate*], convertito dalla l. 8 agosto 2002, n. 178 - e prima ancora la sua disciplina di ente pubblico economico, ontologicamente destinato a competere in regime di parità con i privati [cfr. art. 6 (*Disposizioni relative a enti particolari*) d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 419 (*Riordinamento del sistema degli enti pubblici nazionali, a norma degli articoli 11 e 14 della legge 15 marzo 1997, n. 59*)] – aveva inciso concretamente sulla fase gestionale e sugli ambiti operativi dell'ente, in linea con l'accresciuta vocazione imprenditoriale e lucrativa del modello tipologico delle società per azioni, pur permanendo intatte le originarie funzioni pubbliche, svolte in concessione.

L'ampliamento del perimetro d'azione dell'Anas, caratterizzato da assetto privatistico e dotato di un nuovo statuto societario, lo portavano in una situazione

inedita, affatto distinta dallo Stato: il che rendeva recessivi i precedenti limiti, configurati per un assetto giuridico superato e ormai non riconducibile ai tempi dell'azienda autonoma, organo ministeriale senza personalità giuridica e dotato solo di autonomia funzionale di bilancio.

Il Tribunale amministrativo concludeva escludendo che l'acquisizione delle azioni ad opera di Anas fosse da intendersi come un'attività di collocamento presso terzi di strumenti finanziari per conto e nell'interesse di un soggetto emittente, vietata dall'art. 2.6 dello Statuto: infatti la stessa Anas aveva assunto l'obbligo di immettere le azioni nel mercato in una misura eventuale e condizionata a scelte societarie delle quali era essa stessa parte.

Derivava da ciò che l'operazione non si poteva considerare una classica attività di collocamento di titoli in senso generale mediante intermediari finanziari e figure in terzietà; ma costituiva una vendita di azioni conforme alla legge e corrispondente a interessi economici dell'Anas, associati alla detenzione della maggioranza pubblica del suo capitale.

Con appello in Consiglio di Stato notificato l'11 novembre 2015, le tre società ricorrenti in primo grado hanno impugnato la sentenza in questione, sostenendo con abbondanza di scritti difensivi quanto già rappresentato in primo grado e censurando l'interpretazione data dal giudice di primo grado.

In sintesi, con gli appelli si insiste sulla violazione del principio inderogabile della procedura ad evidenza pubblica aperta, recato anche dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244, rafforzatrice dei principi di cui al d.-l. 31 maggio 1994, n. 332 [*Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni, convertito dalla l. 30 luglio 1994, n. 474*]; e sull'assenza di presupposti legittimanti l'applicazione dell'art. 57 del d.lgs. n. 163 del 2006 sulla *procedura negoziata* senza previo bando: il tutto, secondo gli appelli, è diretta conseguenza dei principi generali comunitari di concorrenza e di trasparenza sanciti dagli artt. 43 e

49 del Trattato CE, richiamati dalla Commissione Europea nella comunicazione n. 98/C206 76 proprio in tema di privatizzazioni delle società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici (l'opposto, a loro dire, di quanto accaduto nel caso di specie); e ancora, gli appelli lamentano l'assoluto difetto di motivazione circa l'adozione della *procedura negoziata* di cui all'art. 57 d.lgs. n. 163 del 2006, seppur la norma stessa preveda espressi requisiti che difettavano; e ciò malgrado si è seguita quella via dopo un'iniziale determinazione di bandire una gara riservata a soggetti pubblici o a società a prevalente partecipazione pubblica; gli appelli rilevano la mancata considerazione che si trattava di un contratto "attivo", fattispecie per cui gli artt. 36 e 37 r.d. l 23 maggio 1924, n. 827 (*Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*) stabiliscono che i contratti di alienazione vanno preceduti da una procedura concorrenziale per individuare la controparte negoziale.

Inoltre le appellanti sostengono il superamento dell'art. 6 dello statuto SITAF, o almeno la sua inefficacia a fronte dell'art. 1379 (*Divieto di alienazione*) Cod. civ., inopponibili ai terzi acquirenti, in contrasto con i principi generali dell'ordinamento.

Ancora, viene censurato l'assunto della permanenza sotto altre forme del vincolo di partecipazione maggioritaria pubblica previsto al tempo dall'art. 3 l. n. 729 del 1961 per tutelare la garanzia dello Stato data ai mutui contratti dei concessionari: ma è norma abrogata dall'art. 132, comma 2, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)*) e viene stigmatizzata l'asserita urgenza manifestata dal Comune di Torino, mentre l'urgenza era dovuta alla sola inerzia dell'ente; e poco è dato sapere sull'eventuale procedimento "bifasico", ossia sull'eventuale vendita di azioni da parte dell'Anas ai fini d'una loro migliore supposta valorizzazione [economica].

Le appellanti lamentano poi la scorretta interpretazione dell'art. 6, comma 1,

lett. b) l. 12 agosto 1982, n. 531 [*Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale*] e dell'art. 1, comma 1, l. 5 luglio 1990, n. 183 [*Norme per la definizione dei profili professionali del personale dell'Azienda nazionale autonoma delle strade (ANAS) e per le autorizzazioni alla medesima Azienda a sottoscrivere azioni della Società italiana per il traforo autostradale del Fréjus (SITAF)*] nonché dell'art. 2.6 dello Statuto di Ana. A loro dire, il mutamento di veste giuridica dell'Anas non influiva sui limiti di capitale detenibili; vi è distacco dalla consistenza sostanziale dell'Anas, tuttora da considerare alla stregua di un'amministrazione pubblica senza che vi osti la struttura, visto anche che all'Anas stessa resta interdetto il possesso di partecipazioni maggioritarie in società private; e che un collocamento di azioni in trattativa privata presso un altro soggetto pubblico, il quale poi le rivende, è in realtà una forma di collocamento indiretto sul mercato che si pone al di fuori delle regole.

Le appellanti concludono per l'accoglimento del ricorso, con vittoria di spese.

Si sono costituiti in giudizio la Finanziaria Città di Torino, il Comune e l'Anas, che chiedono sotto la conferma della sentenza. Inoltre FCT e Comune propongono appello incidentale, rinnovando l'eccezione non affrontata in primo grado per cui solo un soggetto pubblico era legittimato ad agire in primo grado contro la vendita diretta ad Anas, stante l'art. 6 dello statuto SITAF, e ribadendo le eccezioni di carenza di giurisdizione amministrativa e di tardività del ricorso, già ritenute infondate in primo grado; ed altrettanto contestava il Comune di Torino circa l'art. 6 dello statuto SITAF e la tardività del ricorso.

All'odierna udienza del 12 maggio 2016 la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

Devono dapprima essere vagliati gli appelli incidentali del Comune di Torino e della Finanziaria Città di Torino s.r.l., recanti eccezioni pregiudiziali sul difetto di giurisdizione amministrativa, sulla tardività del ricorso introduttivo e sul difetto di



legittimazione dei soci privati a contestare l'operazione, visto che per l'art.6 dello statuto SITAF solo soci pubblici potevano partecipare all'acquisto delle azioni in controversia.

Quanto al difetto di giurisdizione amministrativa il Collegio rileva, concordando con la sentenza impugnata, che le censure investono prioritariamente le forme di alienazione individuate dall'ente locale: in particolare l'omissione di procedure ad evidenza pubblica. Perciò se la questione di queste alienazioni complessivamente intesa comporta anche profili privatistici, si deve qui considerare che quanto è stato sottoposto alla cognizione del giudice amministrativo riguarda solo gli aspetti circa il legittimo esercizio del potere amministrativo e l'inerente attività unilaterale. Perciò bene il giudice amministrativo è investito della controversia.

Eventuali riflessi di diritto privato che potrebbero porsi in conseguenza del giudicato amministrativo esulano dalla controversia presente e perciò non influiscono sulla giurisdizione.

È poi infondata la seconda eccezione, a dire della quale il ricorso introduttivo sarebbe tardivo perché la lesione era stata a suo tempo generata dalla precedente deliberazione consiliare del 20 dicembre 2010 con cui si era deciso di avviare la procedura di vendita. Quella deliberazione del 2010 espresse gli intenti del Comune di attuare le prescrizioni della legge n. 244 del 2007 (finanziaria per il 2008); ma, al di là della manifestazione di indirizzo politico-amministrativo, in concreto nulla specificò e determinò circa la procedura da seguire, la platea degli acquirenti, i tempi da seguire. Altrettanto va evidenziato per la deliberazione di Giunta comunale 13 dicembre 2013, recante anch'essa l'indirizzo finalizzato a predisporre gli atti necessari per la dismissione delle azioni, ma senza stabilire alcun concreto conto delle modalità.

Da tanto, dunque, non scaturiva alcun effetto giuridico innovativo, vale a dire provvedimento. Non vi era, nella realtà delle cose, ancora alcuna effettiva lesione

che davvero generasse un interesse a ricorrere in giustizia e desse da allora luogo all'onere di proporre azione giudiziaria al fine di non incorrere in successive inoppugnabilità.

Per quanto concerne la terza eccezione, sul difetto di legittimazione ad agire delle appellanti perché soci privati e perciò non titolati all'acquisto delle quote di capitale sociale da alienare in ragione del limite di cui all'art.6 dello statuto SITAF, va considerato – anticipando qui rilevazioni anche di merito - che sono corrette le valutazioni del primo giudice, secondo cui detta clausola statutaria sulla percentuale di doverosa ripartizione pubblico/privato del capitale sociale, in ragione della sua natura essenzialmente pattizia non può essere interpretata che come statuizione efficace tra i soli contraenti. La previsione dell'art. 6 di quello Statuto, per quanto valida possa in principio essere, resta priva di effetti reali esterni alla società tali – quasi fosse una sorta di atto normativo atipico posto in essere da un ente locale mediante lo strumento di una società partecipata - da generare l'indisponibilità della proprietà delle azioni verso terzi. In realtà, per effetto del principio di legalità solo la legge, con le sue garanzie, può introdurre un siffatto limite al diritto di proprietà e alle inerenti facoltà – inclusa l'*an* della vendita -, quand'anche in capo a un ente locale: il quale anzi è legato dalla legge a seguire nel *quomodo* certe le regole pubblicistiche per l'alienazione.

Bene dunque per il Tribunale amministrativo la portata effettiva della clausola è solo intesa a sancire tra quei contraenti l'assenza di preclusioni o vincoli di natura "privatistica" (gradimento o prelazione) alla cessione di azioni, tra soci e verso terzi.

Ma vi è di più, che particolarmente rileva poi per il fondo della controversia: quale che ne possa essere la portata, questa clausola, comunque negoziale e interprivata, resta destinata a soccombere di fronte alle successive previsioni normative primarie dell'art. 3, commi da 27 a 29, l. 24 dicembre 2007, n. 244, che nella specie

imponessero la dismissione, ad opera del Comune di Torino (indirettamente titolare mediante la società *in house* FTC s.r.l.) della partecipazioni ormai «vietate» in una società – la SITAF – avente «*per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*».

Non si tratta del rapporto tra una norma speciale precedente e una norma generale susseguente, ma del rapporto tra una clausola statutaria societaria e una successiva prescrizione di legge della cui imperatività generale e senza limitazioni per tutte le pubbliche amministrazioni destinatarie non è dato dubitare, pur anche rispetto a un siffatto statuto.

Nella volontà del legislatore di queste previsioni porte con la legge finanziaria 2008 sono ravvisabili i tratti di norme fondamentali di riforma economico-sociale orientate alla messa in concorrenza, che operano con l'imposizione alle pubbliche amministrazioni dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2011, della dismissione di incongrue partecipazioni ad attività imprenditoriali perché queste siano affidate non più a quella mano pubblica, bensì alle dinamiche proprie del mercato («*Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato*», esordisce il comma 27: e cfr. Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148, che riconduce queste disposizioni alla materia «*tutela della concorrenza*», di competenza legislativa esclusiva dello Stato). Si tratta di una legge che esprime un passaggio determinante nel processo di generale passaggio dal settore pubblico al settore privato di siffatte attività economiche, mediante forme di *privatizzazione sostanziale* che portano a conseguenze ulteriori un complesso processo generale a suo tempo avviato con l'apertura alla partecipazione azionaria in imprese pubbliche introdotta dall'art. 15 d.-l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito dalla l. 8 agosto 1992, n. 359 (c.d. *privatizzazione formale*).

Sicché, anche a tutto concedere in punto di originaria portata della clausola, resta indubitabile la sua cedevolezza di fronte al preciso *divieto*, con inerente dovere di dismissioni cioè di *privatizzazione sostanziale*, imposto dalla successiva legge

finanziaria per il 2008. La clausola, dunque, è ora comunque inidonea ad assumere una funzione regolatrice esterna, e cede – per conseguenza logica e sistematica – non solo rispetto a questa norma primaria successiva, ma anche rispetto alle restanti, generali e ordinarie statuizioni di legge in ordine alla commerciabilità, finanche tra quei soci, della partecipazioni azionarie.

Si deve del resto rammentare che la doverosa quota maggioritaria pubblica era collegata alle risalenti previsioni – proprie di tutt'altro ordinamento dell'intervento pubblico nell'economia, dove la natura dell'Anas era ben diversa dall'attuale - di cui all'art. 3 l. 24 luglio 1961, n. 729 (*Piano di nuove costruzioni stradali ed autostradali*), ovverosia alla garanzia dello Stato sui mutui contratti e sulle obbligazioni emesse dalle concessionarie connessi ai lavori autostradali: e quell'art. 3 è ormai abrogato per l'effetto generale dell'art. 24 d.-l. n. 112 del 2008 convertito dalla l. n. 133 del 2008. Sicché la stessa *ratio* che a suo tempo poteva avere ispirato quella ripartizione statutaria è ormai venuta meno.

Gli appelli incidentali vanno dunque respinti. Nel merito l'appello principale va accolto, considerata la fondatezza, in parte testé già anticipata, del complesso delle censure attinenti il procedimento seguito dal Comune di Torino nel procedere alla vendita della propria partecipazione azionaria in SITAF.

Vale ancora una volta ricordare che l'appena evocata l. 24 dicembre 2007, n. 244 (*legge finanziaria 2008*) prevede, al ricordato art. 3, comma 27, «*al fine di tutelare la concorrenza e il mercato*» le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 - quindi anche gli enti locali territoriali - non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non attinenti alle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere partecipazioni anche di minoranza in tali società. L'art. 3, comma 29, stabilisce i termini e i procedimenti per dette dismissioni, indicando in trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della l. n. 244 del 2007 il termine per le cessioni a terzi delle società e delle

partecipazioni ormai vietate dal comma 27. Il termine di trentasei mesi è stato poi prorogato di ulteriori dodici mesi dall'art. 1, comma 569, l. 27 dicembre 2013, n. 147.

Per quanto concerne, nel merito della controversia, le modalità attraverso cui debbono avvenire queste dismissioni che segnano il passaggio dalla mano pubblica locale al mercato, essenziale è il chiaro precetto di cui al detto art. 23, comma 29: nel termine stabilito dalla legge «[...] *le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27*».

L'espressione «*nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica*», specie se connessa all'*incipit* del comma 27 («*Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato*», che segna la ragione fondativa di quello e dei commi seguenti), va intesa (a pena della sua inutilità) nel senso che implica l'illegittimità - quali ne potessero essere le motivazioni, le ragioni e le finalità - della scelta comunale qui al vaglio di procedere mediante procedura negoziata senza bando, ex art. 57 del *Codice dei contratti pubblici*: cioè di un metodo sostanzialmente assimilabile a quella che in passato era la mera trattativa privata, dalla scelta diretta e riservata del contraente; e che è antitetico ai principi di ordinaria trasparenza, di *par condicio* tra gli operatori e di libertà di concorrenza, e che essendo privo di selezione *in itinere* non garantisce la scelta del miglior contraente, dunque nega sia la concorrenza che il mercato e contrasta la detta prescrizione di legge (ricorda del resto Cons. Stato, V, 6 maggio 2015, n. 2272, che la procedura negoziata dell'art. 57 si caratterizza per costituire un'eccezione ai principi generali di pubblicità e di massima concorsualità possibile, propri delle procedure ad evidenza pubblica).

Detto richiamo al rispetto delle procedure ad evidenza pubblica - che esclude la trattativa privata pur nei suoi sviluppi normativi, come quello dell'art. 57 - appare una derivazione applicativa del criterio generale a suo tempo posto dall'art. 1

*(Modalità delle dimissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici)*, comma 2, prima parte d.-l. 31 maggio 1994, n. 332 (*Norme per l'accelerazione delle procedure di dimissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni*) convertito dalla l. 30 luglio 1994, n. 474, a norma del quale: «*L'alienazione delle partecipazioni di cui al comma 1 è effettuata con modalità trasparenti e non discriminatorie, finalizzate anche alla diffusione dell'azionariato tra il pubblico dei risparmiatori e degli investitori istituzionali*».

Vero è che poi quella disposizione prosegue affermando: «*Dette modalità di alienazione sono preventivamente individuate, per ciascuna società, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle attività produttive*». Ma questo non osta a che per scelta del legislatore sia - come qui avviene - una stessa norma primaria a dettare la specificazione del criterio per certe dimissioni.

Come si è accennato, si tratta invero dell'ampia specie provvedimentale della *privatizzazione sostanziale*, o mediante alienazione, vale a dire del passaggio al mercato di imprese già in mano pubblica: il che deve a sua volta avvenire mediante il rispetto di un'essenziale configurazione di mercato anche nell'episodio della singola alienazione pubblica, vale a dire l'apertura alla concorrenza perché sia rispettato, anche nell'individuo percorso di dimissione, quel principio generale con le sue modalità trasparenti e non discriminatorie per altre imprese aspiranti all'acquisto: ciò che appunto viene assicurato soltanto dalle vincolanti regole di legge sull'evidenza pubblica, che per loro struttura garantiscono l'accesso trasparente al mercato di quell'acquisto. Sarebbe del resto paradossale che un obiettivo imperativo di messa in concorrenza fosse perseguito con la via di un'esclusione dalla messa in concorrenza.

A nulla vale in contrario l'evocata particolarità, a questi riguardi, di Anas s.p.a..

Afferma la giurisprudenza che in ragione della configurazione conseguente all'art.

7 d.-l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito dalla l. 8 agosto 2002, n. 178, con l'attribuzione *ex lege* dei preesistenti compiti pubblicitari, l'Anas s.p.a. conserva una perdurante natura pubblicitaria (cfr. Cons. Stato, IV, 24 febbraio 2011 n.1230; 24 maggio 2013, n.2829; Cass., SS.UU., 9 luglio 2014, n. 15594; ord. 16 luglio 2014, n. 16240): e si distingue a questo proposito l'ormai raggiunta caratterizzazione privatistica dell'attività gestionale dalla condizione pubblicitaria inerente la gestione dei beni, con inerenti poteri autoritativi.

Questa giurisprudenza - ritiene qui la Sezione - non è di ostacolo e anzi è di conforto per la configurazione, a proposito della acquisizione da parte di Anas s.p.a. di ulteriori partecipazioni nella società SITAF mediante l'applicazione delle regole competitive proprie dell'evidenza pubblica: vuoi perché, quale già socio (che si distingue dagli altri solo per la misura del 31,746% del capitale sociale) non gode di condizione privilegiaria all'interno della compagine sociale (condizione privilegiaria che, in ipotesi, avrebbe avuto in una statutaria clausola di prelazione o di gradimento la sua prima rappresentazione); vuoi perché nella vicenda agisce non come pubblicitario concedente che intende rientrare nella pienezza del potere concessorio, bensì come figura che intende solo acquisire con uno strumento comune, il contratto, una maggiore partecipazione azionaria in una società che è e resterebbe la concessionaria; vuoi perché nel mercato di riferimento, che qui si sostanzia nell'acquisizione di una partecipazione finalmente maggioritaria di un'importante concessionaria autostradale, viene ad emergere - per il naturale orientamento al mercato - la ricordata caratterizzazione privatistica dell'attività gestionale, vale a dire di impresa, non già la condizione autoritativa inerente la cura pubblicitaria dei beni propri o in concessione.

Questa caratterizzazione privatistica, come reca i vantaggi di autonomia organizzativa e di flessibilità di azione, così reca gli svantaggi di una riduzione - in un caso come il presente - alla condizione di ordinario competitore nel micro-

mercato originato da una siffatta alienazione di partecipazione pubblica, diretta o indiretta che sia.

Giova del resto ricordare che i principi di matrice comunitaria di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, espressi dall'art. 2 del *Codice dei contratti pubblici*, assicurano l'apertura alla concorrenza per il mercato: anche riguardo alle dismissioni di incongrue partecipazioni pubbliche societarie, di cui alla legge finanziaria 2008.

V'è dunque, in vista della cessione, una naturale contesa di mercato della stessa Anas s.p.a. con altre imprese, che esalta la sua ricercata e ormai accentuata connotazione imprenditoriale: connotazione che del resto inverte la qualificazione formale societaria, essendo la forma della società commerciale essenzialmente correlata all'esercizio di un'impresa (art. 2247 Cod. civ.), quand'anche – com'è per questa particolare società – il socio sia unico. Diversamente, questa forma societaria *ex lege* si ridurrebbe a una costruzione artificiosa, incoerente e asimmetrica, la cui portata reale si sintetizzerebbe nell'assoluta autonomia rispetto ai controlli e ai vincoli pubblicistici collegata però – e senza più una plausibile ragione - ad una condizione imprenditoriale ancora privilegiaria ed emancipata, grazie a una barriera *ad hoc*, dal primo carattere del mercato, che è costituito dalla concorrenza e dal confronto di mercato con similari imprese.

Nemmeno osta a ciò la circostanza che la concessione e convenzione autostradale faccia riferimento alla predetta connotazione in senso pubblicistico di SITAF (art. 3.2. punto 41 della tra SITAF e ANAS per cui il concessionario deve «*mantenere nel proprio statuto la clausola di partecipazione pubblica al capitale pari al 51% almeno fino a quando si renderanno necessari gli interventi finanziari legati alla garanzia rilasciata dallo Stato sui mutui della società*»).

A parte che la più volte citata norma di legge prevale sulla convenzione accessiva al provvedimento di concessione, sta di fatto che la causa fondante un tale



collegamento non sembra contrastata dal vincolo legale della dismissione, che anzi si basa sul presupposto - che presiede all'art. 3, comma 27, l. n. 244 del 2007, come in generale a tutte le formule legislative di privatizzazione - di una maggiore efficienza imprenditoriale, e dunque affidabilità per il concedente, raggiungibile attraverso le forme e il rispetto delle regole della concorrenza e del mercato. La concessione non era fatta - per riprendere la distinzione di cui alla citata Corte cost., n. 148 del 2009 - a un'amministrazione pubblica in forma privatistica, ma per un'attività di impresa di, allora, prevalenti enti pubblici: il che segue le sorti e il percorso definiti da detta legge finanziaria 2008.

Se del caso comunque, al fine del mantenimento dell'essenziale equilibrio economico nel rapporto concessorio, su responsabile iniziativa dell'amministrazione statale vigilante sarà onere dell'ipotetica nuova compagine, che dovesse derivare dalla giusta procedura di dismissione, mettere con la società ormai controllata a disposizione, ove dimostratamente occorra, analoghe e comunque congrue garanzie finanziarie a favore del concedente: affinché il soggetto in ultimo garante delle obbligazioni restitutorie, cioè lo Stato, e con esso il contribuente, non abbia a ricevere pregiudizi circa il credito accumulato verso Sitaf, stimato dalla sentenza impugnata in € 962.700.000 (le cui modalità di ripianamento sono ora trattate dall'art. 5-ter della convenzione).

Tutto ciò va a corrispondere appieno al rammentato schema procedimentale imposto dall'art. 23, comma 29, della legge finanziaria 2008 con il precetto «*nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica*»: e tanto vale a ritenere illegittimi gli atti in primo grado impugnati.

È qui dunque appena il caso di rammentare, visto quanto sopra si è sottolineato e che resta assorbente, che le procedure per l'individuazione degli offerenti sono stabilite dall'art. 54 del *Codice dei contratti pubblici*.

Nella specie il Comune di Torino si è avvalso della ricordata *procedura negoziata senza*

*previa pubblicazione del bando.* Questa, ai sensi dell'art. 57 d.lgs. n. 163 del 2006 può essere utilizzata solo nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste da quella norma (cfr. Cons. Stato, III, 19 aprile 2011, n. 2404; 8 gennaio 2013, n. 26; V, 28 luglio 2014, n. 3997).

In generale, tale tipo di procedura è eccezionalmente consentita in luogo di una previa procedura aperta o ristretta che sia andata deserta, o per ragioni di natura tecnica e artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, nei casi urgenti di bonifiche messa in sicurezza di siti contaminati oppure in generale, qualora l'estrema urgenza risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti non sia compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte o ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara (ciò da ultimo nei casi in cui la procedura negoziata non venga nemmeno preceduta, appunto, da un bando di gara).

Nel caso di specie, in linea astratta, l'urgenza veniva adottata nell'ormai prossima scadenza del pur prorogato termine di legge per l'alienazione: per cui l'utilizzazione di un procedimento più agevole avrebbe evitato il venire in essere (a norma dell'art. 3, comma 29, della legge finanziaria 2008) dell'obbligo di passare al dispositivo di liquidazione con criteri di determinazione del valore delle azioni dell'art. 2437-ter Cod. civ., a carico della stessa SITAF, a condizioni peggiori di quanto ottenibile con una gara.

Ma in realtà l'amministrazione dismittenza non poteva riferirsi a un tale concetto di *urgenza*, perché l'*urgenza*, per rilevare ai fini in questione, deve derivare da fatti esterni e non riferibili alla amministrazione interessata che sceglie la procedura di affidamento. Non è questo il caso delle attese dell'amministrazione nel dar seguito al dovere delle dismissioni quand'anche, per un tratto iniziale, giustificabili se collegate a incertezze normative.

Vale del resto considerare che, come detto, il Consiglio comunale di Torino già dal 2010 aveva formalizzato le intenzioni politico-amministrative al riguardo, ribadite

poi dalla Giunta comunale nel 2013, senza però che ne seguisse senz'altro una volontà provvedimentale con inerente attuazione.

In una tale situazione, non era dato invocare la pretesa *urgenza* che legittimasse l'eccezionale abilitazione della procedura dell'art. 57.

Ma vi è di più: l'art. 57, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che «*ove possibile*» la stazione appaltante individua gli operatori economici sulla base di informazioni riguardanti la loro qualificazione economica finanziaria e tecnico organizzativa nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, selezionandone almeno tre con i quali avviare una sorta di gara ufficiosa.

Nel caso di specie quindi, oltre al difetto di una plausibile motivazione sul ricorso a siffatta procedura negoziata e in particolare sul presupposto dell'*urgenza*, difetta anche una congrua giustificazione sull'*«ove possibile»*: ossia sull'aver avviato quella che si è così mostrata più che una *procedura negoziata*, una vera e propria *trattativa riservata* con un solo soggetto, l'Anas, in disapplicazione delle restrittive regole dello stesso art. 57 (cfr. Cons. Stato, V, 6 maggio 2015, n. 2272).

Anche queste ragioni, dunque, impongono l'accoglimento dell'appello.

Per completezza e ai fini della corretta e compiuta configurazione del rapporto amministrativo è tuttavia altresì il caso di trattare la censura con cui le appellanti si dolgono del superamento della quota massima di azioni che Anas può detenere nella SITAF, fissata nella misura del 40% del pacchetto azionario dall'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 531 del 1982 [che autorizza l'Anas a «*ad assumere partecipazioni azionarie nella SITAF, sottoscrivendo azioni di nuova emissione per aumento del capitale sociale nella misura non superiore al 40 per cento del capitale stesso, anche in deroga all'art. 2441 del codice civile e fino a concorrenza della somma di lire 10 miliardi*»] e confermata dall'art. 1 (*Sottoscrizione di ulteriori azioni della SITAF s.p.a.*), comma 1, l. n. 183 del 1990, in cui venne approvato un aumento di capitale sociale finalizzato a mantenere una tale partecipazione azionaria.

In realtà valgono qui le tesi delle appellate, per cui le modificazioni avvenute nel frattempo della veste giuridica dell'Anas avrebbero comportato l'abrogazione implicita di questo limite, l'Anas essendo poi stato trasformato nel 1994 da azienda autonoma in ente pubblico economico e nel 2002 in società per azioni. Una tale radicale trasformazione della veste giuridica, invero, dal punto gestionale assicura come si è visto all'Anas la flessibilità privatistica imprenditoriale: sicché non si vede perché la corrispondente capacità di operare sul mercato debba considerarsi eccezionalmente ancora ridotta riguardo a questa partecipazione in SITAF.

Resta comunque dirimente, nel senso dell'accoglimento dell'appello, quanto sopra ampiamente considerato sulla illegittimità dell'utilizzazione della procedura dell'art. 57 del *Codice dei contratti pubblici*.

Per dette suesposte considerazioni l'appello deve essere accolto con la conseguente riforma della sentenza impugnata.

La particolare complessità della vicenda giustifica la compensazione tra le parti delle spese di lite per ambedue i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado. Respinge gli appelli incidentali.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/06/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)