

STUDIO LEGALE CHITI

PROF. AVV. MARIO P. CHITI
ORDINARIO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO
UNIVERSITÀ DI FIRENZE
Avv. GEROLAMO ANGOTTI
Avv. FRANCESCO BERTINI
Avv. FABIO ORLANDO
Avv. CLAUDIA MANFRIANI
PROF. AVV. EDOARDO CHITI

VIA LORENZO IL MAGNIFICO, 83
50129 FIRENZE
TEL. +39 055 400.788
FAX +39 055 71.881.21
FAX +39 055 46.33.747

WWW.STUDIOLEGALECHITI.IT
SEGRETERIA@STUDIOLEGALECHITI.IT

Firenze, 10 novembre 2014

Spett.

Ecofor Service Spa
Viale America, 105
56025 - Pontedera - PI

PARERE LEGALE SULLA SITUAZIONE DELLA SOCIETA' ECOFOR SERVICE S.P.A. A SEGUITO DELLE RECENTI DECISIONI DEL COMUNE DI PISA IN ORDINE ALLA PARTECIPAZIONE NELLA SOCIETA'

Sono stato cortesemente richiesto dalla Società Ecofor Service Spa (di seguito semplicemente Ecofor Service), con sede in Pontedera, di esprimere un parere legale sulla situazione che si è determinata a seguito della decisione del Comune di Pisa di non mantenere la propria partecipazione nella Società.

Dalla documentazione fornитami e dai recenti colloqui con gli amministratori della Società ho appreso che il Comune di Pisa, in data 19 dicembre 2013, n. 82, ha assunto una delibera consiliare avente ad oggetto "Ricognizione della mancanza dei presupposti per

il mantenimento delle partecipazioni in Ecofor Service S.p.a. e in Valdarno S.r.l., ai sensi dell'art. 3, c. 27, della legge n. 244/2007".

La delibera consiliare citata sviluppa, in riferimento specifico alle due Società citate nel suo oggetto, la precedente delibera consiliare n. 56 del 29.10.2013, "Linee di indirizzo per la dismissione delle partecipazioni non strategiche e per la razionalizzazione del sistema delle società partecipate". A sua volta, tale delibera del 2013 seguiva la delibera consiliare n. 80 del 22.12.2010 relativa alla cognizione delle partecipazioni da detenere ai sensi della già citata legge n. 244/2007, art. 3, c. 27.

In esito alle verifiche effettuate dagli uffici comunali su Ecofor Service (l'altra società Valdarno S.r.l. non interessa ai presenti fini), il Consiglio comunale ha deliberato di "dare atto che, ai sensi dell'art. 3, c. 27, della legge n. 244/2007, non sussistono i presupposti per il mantenimento delle partecipazioni nella società Ecofor Service S.p.a. (...); di approvare la dismissione delle partecipazioni nelle società sopra indicate, alla quale si procederà secondo quanto riportato nell'Allegato A, parte integrante e sostanziale della presente deliberazione". In particolare, secondo il Consiglio comunale l'attività di Ecofor Service non sarebbe compatibile con le disposizioni dell'art. 3, c. 27, della legge n. 244/2007 in quanto le sue attività non sono "strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente, né sono annoverabili nell'ambito dei servizi di interesse generale di competenza dello stesso". La delibera dà, in conseguenza, mandato al Sindaco, alla Giunta ed ai dirigenti, secondo le rispettive competenze, ad attuare questa decisione.

L'Allegato A della delibera consiliare n. 82, è costituita da un'analitica scheda su Ecofor Service e da un paragrafo – specialmente rilevante per quanto oggetto del presente parere – in cui si definiscono “i vincoli e le modalità della dismissione”.

In tale paragrafo, dopo un'attenta ricognizione dei dati statutari della Società, è previsto che la dismissione della partecipazione del Comune di Pisa avvenga mediante cessione delle azioni; “senza escludere, tuttavia, la possibilità, qualora ne venissero in essere le condizioni, di provvedervi mediante recesso o liquidazione della Società”. Si richiama poi lo Statuto sociale, secondo cui le azioni di categoria A (enti pubblici, come il Comune di Pisa, aziende speciali o società di capitali a prevalente partecipazione di questi enti), possono essere alienate solo dopo l'offerta in prelazione agli altri enti che possiedono azioni della medesima categoria A.

In fatto, non risulta che il Comune di Pisa abbia ad oggi dato concretamente corso alla procedura di dismissione della propria partecipazione in Ecofor Service prevista dalla delibera consiliare n. 82 del 19 dicembre 2013.

Il Comune ha invece partecipato nel corso dell'ultimo periodo all'amministrazione della Società, sia in sede assembleare che di consiglio di amministrazione. In particolare ha concorso all'elezione dell'odierno Presidente.

E' ovvio che la decisione del Comune di Pisa, per quanto non ancora attuata, determina serie problematiche per la Società sia per la rilevanza della partecipazione azionaria del Comune di Pisa, sia per l'effetto indotto che può determinare negli altri Comuni soci della

Società; ad iniziare dal Comune di Pontedera che è il secondo azionista pubblico.

Alla luce di quanto sinteticamente richiamato, la Società si è posta una serie di quesiti legali che sono stati sottoposti alla mia valutazione.

I quesiti principali sono i seguenti: a) se la normativa richiamata dal Comune di Pisa nella delibera consiliare n. 82/2013 sia tuttora vigente e se, in generale, siano intervenute altre normative in tema di partecipazioni dei comuni in società di capitali; b) se la delibera citata al punto che precede sia legittima e quali eventualmente siano i rimedi avverso di essa; c) se la medesima delibera possa essere riconsiderata dal Comune di Pisa in via di autotutela; d) quali siano i principali passaggi della procedura di dismissione delle azioni del Comune di Pisa; e) se ai fini del mantenimento o meno della partecipazione in Ecofor Service il Comune di Pontedera sia o meno nella medesima situazione del Comune di Pisa; f) quali siano giuridicamente le prospettive per la Società e le conseguenti strategie operative.

Si può rispondere ai quesiti prescindendo dal richiamo puntuale all'assetto societario di Ecofor Service ed al suo Statuto sociale; ambedue dati per noti.

Per quanto riguarda la disciplina delle società "miste", con partecipazione pubblico-privata, è ben noto che si tratta di uno dei temi più controversi almeno degli ultimi due lustri.

Infatti, dopo un periodo di continua espansione di questo modulo societario, considerato valido e produttivo sia per i servizi

pubblici, specie locali, che per ogni altra iniziativa di pubblico interesse, si è recentemente diffusa una diversa valutazione che porta a restringere le partecipazioni pubbliche locali in società di capitali solo ai casi di particolare e diretta influenza per i compiti dell'ente che detiene le partecipazioni.

Le ragioni per giustificare questa inversione di politica pubblica addotte sono principalmente tre: a) la tutela della concorrenza e del mercato, messa a forte rischio dall'espansione delle società miste (questa motivazione è particolarmente evidente nella legge n. 244/2007, art. 3, c. 27); b) la criticità finanziaria che gran parte delle società miste determinerebbe, foriera di gravi squilibri per gli enti pubblici partecipanti (motivazione ricorrente nelle posizioni della Corte dei conti); c) l'esigenza di trasparenza, connessa alla prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (motivazione riportata in leggi recenti, come il d.l. n. 90/2014, convertito in legge n. 114/2014, artt. 17 e 24 bis).

Come si vedrà, nessuna di queste motivazioni di pubblico interesse emerge dalla situazione della Ecofor Service; pur tuttavia, il Comune di Pisa ha inteso verificare pure questa situazione assieme a tutte le sue partecipazioni in società di capitali; anche nel caso di minime partecipazioni (ad es., nella Società Alfea), per verificare se tali partecipazioni sono di carattere "strategico" o connesse a servizi di interesse generale di propria competenza.

Richiamata questa premessa generale, si può passare alla risposta sui vari quesiti che sono stati posti; iniziando dalla verifica della normativa vigente sulla questione.

Ad oggi, è tuttora vigente la norma a base delle citate deliberazioni del Comune di Pisa, ovvero l'art. 3, c. 27, della legge n. 244/2007.

Molte sono state nel frattempo le proposte per una riforma generale del sistema delle partecipazioni locali in società di capitali, tutte convergenti verso l'obiettivo di una loro razionalizzazione; ma nessuna è per il momento giunta alla definitiva approvazione.

Sono invece intervenute nuove norme per assicurare semplificazione e trasparenza delle partecipazioni. Si tratta, da ultimo, della legge n. 190/2012 sulla prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione; del c.d. "decreto trasparenza", d.lgs. n. 33/2013, artt. 11 e 22; del decreto legge n. 90/2014, convertito in legge n. 114/2014, artt. 17 e 24 bis.

Tali norme prevedono per le amministrazioni pubbliche precisi obblighi di pubblicazione ed aggiornamento annuale sulle società partecipate, direttamente o indirettamente. Si tratta comunque di previsioni che non riguardano la questione esaminata nel presente parere legale, che dunque rimane incentrata sulla più volte citata previsione della legge n. 244/2007 sulla cui base il Comune di Pisa ha assunte le delibere del 2010-2013 sopra richiamate.

Il secondo quesito riguarda la legittimità della delibera n. 82/2013 con cui il Consiglio comunale di Pisa ha dato atto che non sussistono i presupposti per il mantenimento delle partecipazioni nella Ecofor Service.

Dalla documentazione ricevuta emerge che la delibera è stata preceduta da una puntuale istruttoria sulla Società, lo scopo sociale, le caratteristiche della sua attività e così via. I dati riportati sono di

per sé corretti, anche per quanto riguarda l'economicità della Società (che, si riconosce, "ha distribuito significativi dividendi"). Può essere discutibile l'affermazione che i soci privati non sono stati scelti, al tempo, con procedura ad evidenza pubblica; dato che la normativa all'epoca vigente consentiva procedura semplificate rispetto a quelle successivamente previste. Ma il punto non è essenziale per la decisione del Comune di dismettere la partecipazione.

La conclusione della delibera è tipicamente di "merito", scaturente dalla verifica che non vi sarebbe per il Comune di Pisa nessun interesse pubblico a mantenere la partecipazione, se non quello meramente economico ai dividendi. Infatti, si rileva che il servizio non ha i requisiti del servizio di interesse pubblico generale né è strettamente necessario per il perseguitamento delle finalità dell'Ente. Ancora, nessun servizio è stato affidato dal Comune di Pisa alla Società.

Si tratta con tutta evidenza di conclusioni discutibili, in taluni casi palesemente apodittiche; che sembrano confondere tra attività di "servizio pubblico" (tali certamente non sono quelle svolte da Ecofor Service) e "servizi di interesse generale", che invece la legge considera fattore legittimante per la partecipazione dei comuni.

Non sfugge poi che la partecipazione del Comune di Pisa in Ecofor Service non è stata considerata adeguatamente nella prospettiva delle tre maggiori motivazioni per ridurre la presenza degli enti locali in società di capitali: l'attentato al mercato ed alla concorrenza; la criticità finanziaria per i soci pubblici che molte volte deriva da queste partecipazioni; le esigenze di trasparenza e di lotta alla corruzione ed all'illegalità.

STUDIO LEGALE CHITI

Infatti, Ecofor Service non attenta in alcun modo alla concorrenza in quanto sta nel mercato come soggetto di diritto comune, senza alcuna agevolazione o riserva a sua favore. E' in salute economica e finanziaria, come dimostrato dai bilanci e dall'annuale distribuzione di rilevanti utili ai soci. Opera in modo trasparente e conoscibile, e non ha mai dato origine a casi di illeciti civili o penali.

Sussistono dunque le tre esigenze fondamentali previste dalla recente legislazione per il mantenimento della partecipazione del Comune in Ecofor Service.

Tuttavia, ogni possibile iniziativa giudiziaria avverso tale delibera non appare destinata a buon esito; considerato che il giudice amministrativo è restio a rimettere in discussione scelte di merito delle amministrazioni pubbliche, a meno che non risultino gravemente viziose nei presupposti formali e/o procedurali; circostanza che non sussiste nel nostro caso.

Nell'occasione rispondo, dunque, anche al quesito circa eventuali azioni giudiziarie avverso la più volte citata delibera comunale. A parte ragioni di opportunità, non di mia valutazione, per tale eventuale decisione, non considero proponibile alcun ricorso avverso la delibera per la circostanza che essa non è stata impugnata nel termine di decadenza previsto dal Codice del processo amministrativo.

E' vero che la delibera 82 del 2013 non è stata notificata, né portata a formale conoscenza della Società, come sarebbe stato obbligatorio visto l'oggetto specifico della delibera stessa; ma la medesima è stata citata in corrispondenze successive tra il Comune e la Società, nonché richiamata in varie occasioni di amministrazione

della Società. Rileverebbe così l'istituto della "piena conoscenza" o della "conoscibilità", e non sarebbe invocabile l'istituto dell'errore scusabile per la Società. In tali circostanze, un ricorso – ammesso che davvero si decidesse così – sarebbe tardivo e destinato ad essere rigettato dal TAR come inammissibile.

Diverso è il caso del possibile utilizzo da parte del Comune di Pisa del potere di autotutela, tramite cui rivedere la propria deliberazione tramite annullamento o revoca, ai sensi degli artt. 21 quinquies e 21 nonies della legge n. 241/1990.

L'utilizzo di tale potere potrebbe essere sollecitato dalla Società o, ancor più incisivamente, dal Comune di Pontedera e/o dagli altri comuni che detengono partecipazioni minoritarie, messi in crisi dalla decisione del socio pubblico di maggioranza relativa.

Tuttavia, per i motivi sopra detti, appare altamente improbabile fondare una corretta decisione di auto-annullamento da parte del Comune, in quanto non sussistono palesi vizii di legittimità della delibera che possono giustificare tale decisione (cfr. art. 21 nonies, legge n. 241/1990).

Sarebbe invece possibile una decisione di "revoca" della delibera n. 82/2013 per una rivalutazione dei motivi di pubblico interesse a suo tempo espressi, dovuta ad una decisione autonoma dello stesso Comune oppure ad un ripensamento indotto da ragioni di pubblico interesse presentate dagli altri soci pubblici.

La "revoca" è un istituto tipico del potere di autotutela, di cui nel caso ricorrerebbero i presupposti; come sopra evidenziato. Né vi sarebbero conseguenze economiche, quali indennizzi o altro, visto che si tornerebbe alla situazione preesistente; sino al dicembre 2013

riconosciuta valida ed utile da tutti i soci. Merita ricordare che la revoca è possibile, secondo il citato art. 21 quinques, "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario".

Si tratta comunque di una scelta che dipende direttamente dalla volontà politica ed amministrativa del Comune di Pisa, non scaturiente da alcun obbligo di legge.

Posso dunque concludere su questo punto confermando che vi sarebbero i presupposti di legge per una rivalutazione da parte del Comune di Pisa di quanto deliberato nel dicembre 2013; rimarcando però che una decisione in tal senso rimane nella piena discrezionalità del Comune, anche in caso di iniziative sollecitatorie degli altri soci pubblici della Società.

Il quesito che segue porta al cuore del problema, almeno nella prospettiva che ho assunto e cercato di motivare. Si tratta infatti di definire il percorso della dismissione della partecipazione azionaria del Comune di Pisa, alla luce dello statuto sociale.

Va anzitutto richiamato ancora che l'art. 9 dello statuto prevede che l'eventuale alienazione di azioni di proprietà di soci della categoria A, come il Comune di Pisa, sia preceduta dall'offerta in prelazione agli altri azionisti della stessa categoria, in proporzione alle rispettive partecipazioni e con diritto di accrescimento.

Nel caso, gli altri azionisti pubblici di categoria A sono il Comune di Pontedera – che detiene il 19,327% del capitale sociale – e vari altri comuni con partecipazioni assai minori ciascuno, per complessivo 9,652%. E' ad essi che il Comune di Pisa, quando

inizierà la procedura di dismissione, dovrà presentare in prelazione la propria partecipazione in Ecofor Service.

Ciò premesso, le indicazioni che seguono danno per scontato – non avendo avuto indicazioni diverse – che nessuno degli altri comuni soci della Società, ed in particolare Pontedera, abbia deliberato la dismissione della propria partecipazione azionaria.

Se così effettivamente è, ritengo che sia opportuno anticipare le mosse del Comune di Pisa proponendo al Comune di Pontedera di assumere al più presto un contatto formale con Pisa al fine di condividere un percorso di dismissione delle sue azioni a favore di Pontedera (che, come detto, ha per statuto anche un diritto di "accrescimento" delle proprie partecipazioni).

Il Comune di Pontedera ha infatti una particolare legittimazione giuridica e sostanziale per mantenere ed accrescere la propria partecipazione nella Società.

Nel suo territorio la Società ha sede e stabilimento; corrisponde annualmente rilevanti somme quali tributi locali; svolge attività di gestione e smaltimento rifiuti anche per industrie della zona; partecipa ad iniziative di pubblico interesse per il territorio comunale e il mitrofo. Tra questi motivi rileva ovviamente più di ogni altro la gestione della discarica di Gello-Pontedera (con trattamento di percolato, abbancamento di rifiuti industriali non pericolosi, gestione dell'impianto di cogenerazione energia elettrica da biogas, ecc.).

Nella prospettiva di Pontedera, si può con fondamento affermare che Ecofor Service svolga "servizi di interesse generale"; ovvero le attività che la vigente legge considera legittimare la persistente partecipazione dei comuni in società operative.

Essendo diversa la situazione del Comune di Pontedera da quella del Comune di Pisa (anche se, a stretto rigore, si potrebbe imputare a Pisa una visione "ristretta", legata al proprio specifico territorio; come se fosse distante e di tutt'altro carattere rispetto a quello di Pontedera, pur così prossimo), Pontedera può legittimamente trattare con Pisa la cessione a suo favore delle quote. Ciò potrà avvenire anche prima dell'avvio della procedura formale di cessione, visto che è nota la delibera di Pisa del dicembre 2013, più volte citata. Nulla di diverso, comunque, se tale procedura fosse già avviata (circostanza a me non nota, ad oggi).

Ometto per il momento ulteriori considerazioni sulla procedura di cessione delle azioni, che dovrebbe comunque passare attraverso la valutazione ad oggi del loro valore, ecc.

Per riassumere, la vigente normativa impone alle amministrazioni pubbliche (nel caso considerato, i comuni) di verificare se le partecipazioni da esse possedute nelle società di capitale abbiano carattere rilevante per le loro finalità istituzionali.

Il Comune di Pisa ha deciso che la partecipazione in Ecofor Service Spa non ha questo carattere, con motivazioni che, pur discutibili da vari punti di vista, non sarebbero apprezzabili con possibilità di successo in sede giudiziaria (ammessa la tempestività di azioni legali in questo senso, e, prima ancora, l'opportunità di tali iniziative).

La scelta del Comune di Pisa non determina comunque alcun obbligo conseguenziale per gli altri comuni soci della Società, specialmente per il Comune di Pontedera che ha specifico e

STUDIO LEGALE CHITI

variegato interesse per il mantenimento delle proprie azioni, nonché per accrescere la partecipazione a fronte della decisione di Pisa.

Consiglio dunque di presentare queste considerazioni al Comune di Pontedera, così da contribuire al suo processo decisionale confermativo della partecipazione nella Società ed al successivo dialogo con il Comune di Pisa per acquisirne le azioni; da solo o con gli altri comuni soci.

Come sempre, rimango a disposizione per chiarimenti ed integrazioni; nonché per partecipare ad eventuali procedure attuative di quanto sopra proposto.

Con i migliori saluti.

Prof. Avv. Mario P. Chiti

