

Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DELL'AQUILA

Riunita in Camera di Consiglio e Composta dai Giudici:

Dott. Giuseppe Iannaccone	Presidente
dott. Francesco Filocamo	Consigliere
dott. Luigi D'Orazio	Consigliere rel.

udita la relazione del Cons. Luigi D'Orazio ha emesso la seguente

SENTENZA

Nelle cause civili di secondo grado iscritte ai n. 176 e 200 del ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2016, trattenute in decisione all'udienza del 26-10-2016 e vertente

TRA

Business Partner Italia spa, quale mandataria della **Banca Nazionale del Lavoro spa** (procedimento n. 176/2016), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Marco Passalacqua e Alessandro Tribulato, come da procura in calce alla memoria di costituzione depositata dinanzi al Tribunale di Pescara

RECLAMANTE

E

1

Firmato Da: IANNACCONE GIUSEPPE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6636 - Firmato Da: D'ORAZIO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 12988c



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

Facciolini srl, F & I Lavori Soc. Coop., Ilesi srl, Di Giuseppe Costruzioni srl, CS Costruzioni srl, Cogema srl, Granchelli Appalti srl, Ridolfi Idio & Figli srl, Caccavale srl, Technosoil srl, Elettromeccanica Futura srl, Edil Fino 2003 srl (procedimento n. 200/2016), rappresentate e difese dagli Avvocati Stefano Teti e Biagio Giancola, in virtù di procure in calce alla memoria di costituzione ex art. 180 l.f.

RECLAMANTI

E

ACA spa in house providing, rappresentata e difesa dall'Avv. Sergio Della Rocca, in virtù di procura speciale conferita in calce alla comparsa di costituzione

RECLAMATA

E

Concordato Preventivo Aca spa, in persona del Commissario Giudiziale, dott. Guglielmo Lancasteri, rappresentato e difeso dall'Avv. Giovanni Di Bartolomeo, giusta mandato in calce alla comparsa di costituzione, avverso il decreto di omologazione del concordato preventivo pronunciato dal Tribunale di Pescara in data 31-5-2016

RECLAMATO

Oggetto: reclamo ex art. 183 l.f.

Conclusioni delle parti: “come da verbale di udienza del 26-10-2016”

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con ricorso ex art. 161 comma 6 l.f. in data 18-12-2013 l'Azienda Consortile Acquedottistica spa in house providing chiedeva la concessione del termine per il



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

deposito di proposta, piano e documentazione.

2. Il Tribunale concedeva il termine per il deposito della proposta, del piano e della documentazione entro il 10-5-2014, nominando Commissario Giudiziale il dott. Guglielmo Lancasteri.

3. Con decreto in data 7-5-2014 il Tribunale concedeva la proroga del termine.

4. In data 9-7-2014 l'ACA spa presentava proposta, piano e documentazione. In particolare, il piano di cui all'art. 186 bis l.f. prevedeva la prosecuzione dell'attività di impresa da parte della società debitrice, come da piano industriale fino al 2020 (normalizzazione dei rapporti ATO – soggetto affidatore del Servizio Idrico Integrato ed esercente il controllo analogo – ACA – società gestore del servizio –, stipula della convenzione confermativa dell'affidamento come da accordo quadro sottoposto all'attenzione del Tribunale; estinzione del contenzioso tra ATO e ACA; miglioramento del servizio di fatturazione e di riscossione dei crediti; esecuzione degli investimenti previsti dall'ATO; un flusso di cassa nel periodo 2014-2020 pari ad € 69.098.625,00), la riduzione e dilazione del passivo, lo scioglimento del contratto di project financing del depuratore di Pescara.

La continuazione dell'attività era favorita dalla constatazione che la società operava in regime monopolistico attraverso l'affidamento del servizio in house providing e senza alcuna impresa concorrente, con un ricavo medio annuo di € 50.000.000,00, con un ambito territoriale di n. 62 comuni. Il passivo concordatario era di € 69.098.625,00, prevedendo il pagamento del 100 % dei crediti in prededuzione e prelazionari, e del 60,38 % dei chirografari, tenendo conto dei fondi rischi, con un attivo concordatario di € 69.098.625, costituito dai flussi dei ricavi dal 2014 al 2020 (€ 19.561.965 nel 2014, € 6.020.681 nel 2015, € 6.374.028 nel 2016, € 7.895.929 nel 2017, € 8.782.801 nel 2018, € 11.900.956 nel 2019 ed € 8.562.264 nel 2020).

5. Dopo il voto favorevole ottenuto in sede di adunanza dei creditori il Tribunale di Pescara procedeva alla omologazione con decreto del 31-5-2016.

6. Avverso tale decreto proponeva reclamo ex art. 183 l.f., depositato il 9-6-2016, la Business Partner Italia scpa, quale mandataria della Banca Nazionale del Lavoro spa,



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

chiedendo la revoca del decreto di omologazione (proc. n. 176/2016).

7. Nei confronti del medesimo decreto di omologazione proponevano reclamo ex art. 183 l.f., depositato il 30-6-2016, le società Facciolini srl, F & I Lavori Soc. Coop., Ilesi srl, Di Giuseppe Costruzioni srl, CS Costruzioni srl, Cogema srl, Granchelli Appalti srl, Ridolfi Idio & Figli srl, Caccavale srl, Technosoil srl, Elettromeccanica Futura srl, Edil Fino 2003 srl, chiedendo la revoca del decreto di omologazione (procedimento n. 200/2016).

8. All'udienza del 26-10-2016 la Corte tratteneva la causa in decisione.

9. Deve anzitutto disporsi la riunione dei due procedimenti, stante la stretta connessione tra gli stessi, essendo relativi alla impugnazione, seppure per distinti profili, del medesimo provvedimento di omologazione del concordato preventivo.

10. Va rigettata l'eccezione preliminare di tardività dei reclami, in quanto depositati presso la Cancelleria della Corte di Appello oltre il termine di dieci giorni, previsto dall'art. 26 l.f.

Invero, per giurisprudenza di legittimità, il procedimento di cui all'art. 183 c.p.c., non essendo compiutamente disciplinato dall'art. 183 l.f., è governato, quanto al termine di impugnazione del decreto di omologazione, dall'art. 18 l.f., con conseguente applicabilità del termine di trenta giorni.

Infatti, per la Suprema Corte, l'unitario reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento conseguente al diniego di omologazione del concordato preventivo e avverso il contestuale decreto di diniego dell'omologazione *va proposto nel termine di trenta giorni, decorrenti per il debitore dalla notificazione della sentenza*, e non in quello più breve di dieci giorni, in quanto il reclamo cui fa riferimento l'art. 183, secondo comma legge fall. è quello previsto dall'art. 18 della medesima legge, e non può reputarsi che il termine muti a seconda che la sentenza sia o meno pronunciata all'esito del decreto di diniego dell'omologazione del concordato, non residuando dunque alcuno spazio per l'applicazione della disciplina generale dei procedimenti camerati, prevista dal codice di procedura civile (Cass.Civ., 20 settembre 2013, n. 21606; Cass.Civ., 28 aprile 2015, n. 8575; Cass.Civ., 20 aprile 2016, n. 7958).



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

Per le medesime ragioni, la disciplina del procedimento va individuata in quella dell'art. 18 l.f., sicchè il provvedimento della Corte di Appello deve assumere la forma della sentenza.

11. Quanto al merito, i due reclami sono infondati.

12. Va affrontata preliminarmente la questione in ordine alla natura della proponente ACA spa e sulla possibilità della stessa di accedere alla procedura di concordato preventivo.

Invero, il reclamo di cui al procedimento n. 200/2016 si fonda esclusivamente sulla impossibilità per l'ACA spa in house providing di accedere alla procedura del concordato preventivo.

12. Risulta del tutto pacifico che l'ACA spa rientri nel novero delle società in house, tanto che sul punto la stessa società ricorrente, sin dall'inizio, ha manifestato le di possedere le peculiari caratteristiche di tale tipologia societaria. Il servizio le è stato affidato direttamente e senza gara proprio per la sussistenza di tutti i requisiti dell'in house (art. 1 Statuto "stante la natura a *totale capitale pubblico* della società possono essere soci gli enti pubblici locali...nonchè se la legge lo consente altri soggetti pubblici"; articolo 8 "il capitale sociale con diritto di voto nelle assemblee ordinarie dovrà essere totalmente posseduto, per tutta la durata della società, dai soggetti indicati nel precedente articolo 1 comma 2, i quali dovranno esercitare sulla società un *controllo analogo* a quello esercitato sui propri servizi ai sensi dell'art. 113 lette c. TUEL").

13. Non si può in questa sede ripercorrere tutta l'evoluzione normativa e giurisprudenziale sulla questione. Si può evidenziare che l'in house origina dalla giurisprudenza comunitaria in materia di appalti pubblici, consentendosi, dunque, l'affidamento diretto dei contratti pubblici, in deroga alla disciplina della concorrenza, in caso di assenza di una alterità soggettiva tra affidante ed affidatario.

Per la prima volta con la sentenza della Corte di Giustizia UE (18.11.99 n. 107 Teckal srl) si determinano le caratteristiche del controllo analogo (cfr. paragrafo 50 "Può avvenire diversamente [e quindi non deve espletarsi la gara] solo nel caso in cui, nel



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un *controllo analogo* a quello da esso esercitato sui *propri servizi* e questa persona realizzi la *parte più importante della propria attività* con l'ente o con gli enti locali che la controllano”). Non vi è, allora, alterità soggettiva tra i due enti.

La giurisprudenza comunitaria apre, dunque, la via dell'in house, cristallizzandone i presupposti: partecipazione pubblica totalitaria (con la previsione nello statuto di clausole che impediscono anche nel futuro la partecipazione di privati); espletamento dell'attività in via prevalente in favore dell'ente pubblico partecipante; controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

La sola possibilità di apertura del capitale sociale a terzi ha portato la giurisprudenza ad escludere senza remore la sussistenza del “controllo analogo” (Corte Giustizia UE 13.10.05 n. 458, Parking Brixen -concessione di gestione parcheggio).

Il controllo analogo è escluso in radice dalla presenza di capitale privato nelle società miste (Corte Giustizia UE 11.1.05 n. 26, Trea contro Stadt Hall), con la precisazione che “*qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente*” (paragrafo 50 della motivazione).

La sentenza Corte Giustizia 21.07.05 n. 231(Coname) mostra diffidenza verso il controllo analogo “frantumato” o “*polverizzato*”, escludendolo, quando la quota di partecipazione di ogni comune alla società in house si attesta in ordine allo 0,97 %.

Si ammette, poi, il “controllo analogo congiunto”, che si realizza con la creazione di ulteriori organi societari (assemblee e comitati, unitari e tecnici), all'interno dei quali ogni comune, a prescindere dalla quota di partecipazione al capitale sociale, può eleggere un proprio rappresentante (Corte Giustizia 13.11.08 n. 324, *Coditel Brabant*; Corte Giustizia 19.4.07 n. 470, ASEMFO; Corte Giustizia 10.9.2009, SEA).

Anche i patti “parasociali” vengono utilizzati per consentire maggiore potere di controllo ad enti pubblici titolari di parti minimali del capitale sociale.

Il controllo analogo “*a cascata*” o “indiretto “- è stato escluso dalla sentenza della Corte Giustizia UE 11.5.06 n. 340, Carbotermo – Consorzio Alisei, ed analoga sorte è



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

toccata al controllo analogo “orizzontale” (Corte Giustizia 8.5.14 n. 15 Datenlotsen Informationssysteme).

14.L'in house ha, poi, subito una sorta di rivoluzione copernicana con le direttive appalti e concessioni del 2014 (art. 12 della direttiva appalti 2014/24/UE; art. 17 direttiva concessioni 2014/23/UE; art. 28 direttiva appalti settori speciali 2014/25/UE) che hanno ridefinito il perimetro dell'in house.

Pertanto, un appalto pubblico aggiudicato non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva se sono soddisfatte *tutte* le *seguenti condizioni*:

a.L'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica un “controllo analogo” a quello da essa esercitato sui propri servizi;

b.*Oltre l'80 % delle attività della persona giuridica “controllata” sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice*

c.Nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di *capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati* che non comportano controllo o potere di veto, *prescritte dalle disposizioni legislative nazionali*, in conformità dei trattati, che *non esercitano una influenza “determinante”* sulla persona giuridica controllata.

Si sdogana, allora, la partecipazione alla società in house anche del capitale privato, purchè i privati non abbiano potere di veto o di controllo e non esercitino una “*influenza determinante*” sulla persona giuridica controllata.

In più si ammette il controllo analogo “indiretto” (“tale controllo può essere esercitato anche da una persona giuridica diversa, *a sua volta controllata* allo stesso modo dalla amministrazione aggiudicatrice”).

Nulla si dice sul controllo “orizzontale”.

Si chiarisce, poi, il contenuto specifico del controllo analogo, sicchè un'amministrazione aggiudicatrice esercita su una persona giuridica un “controllo analogo” ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza “*determinante*” sia sugli “*obiettivi strategici*” che sulle *decisioni “significative”* della persona giuridica



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

controllata.

Peraltro, la società in house può anche svolgere attività imprenditoriale per terzi, estranei all'ente pubblico, ma oltre l'80 % della sua attività deve riguardare l'ente pubblico, sicchè solo meno del 20 % dell'attività può essere svolta verso i terzi.

Il controllo “congiunto”, ritenuto pienamente ammissibile dalla giurisprudenza comunitaria si staglia alle seguenti condizioni:

1. Gli *organi decisionali* della persona giuridica controllata sono composti da *rappresentanti* di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. *Singoli rappresentanti* possono *rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici* partecipanti.

2. Tali amministrazioni aggiudicatrici sono *in grado di esercitare congiuntamente* una *influenza determinante* sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative.

3. La persona giuridica controllata *non persegue interessi contrari* a quelli della amministrazioni aggiudicatrici”.

15. In un momento di febbrili mutamenti legislativi giunge il nuovo codice dei contratti pubblici, chiamato a dare attuazione alle direttive comunitarie del 2014 (d.lgs. 18.4.2016 n. 50 “attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture” - Codice dei contratti pubblici-).

L'art. 5 del d.lgs. 50/2016 pone la disciplina dell'in house all'interno dei casi di esclusione di applicazione della disciplina dei contratti pubblici (“Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico”).

Vi è una evidente traslazione dei principi impartiti dalle direttive comunitarie del 2014 (sia per la nozione di controllo analogo, sia per la definizione di controllo congiunto).



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

L'unica differenza attiene alla partecipazione dei *privati*, in quanto non si prevede che tale partecipazione *non* comporti potere di *controllo o di veto*, mentre le forme di partecipazione di capitali privati non sono “prescritte” dalla legislazione nazionale ma solo “previste”.

L'art. 5 comma 7 prevede poi, che “per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1 lettera b, e al comma 6, lettera c, si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione”.

Nell'art. 5 comma 3 fanno per la prima volta apparizione nell'ordinamento nazionale le nozioni di controllo analogo “invertito” ed “orizzontale”.

L'art. 192 del codice dei contratti pubblici, poi, traccia il regime speciale degli affidamenti in house (“E” istituito presso l'Anac, anche al fine di garantire livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house i cui all'articolo 5”, con la precisazione che “ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti *effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta* dei soggetti in house, avuto riguardo al valore della prestazione, dando conto nella *motivazione* del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività delle forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”.

L'obbligo di motivazione “rafforzata” viene, poi, previsto nell'art. 5 del d.lgs. 175/2016 (oneri di motivazione analitica).

16.L'ultima frontiera dell'in house, ma soprattutto delle società a partecipazione pubblica, è rappresentata dal d.lg.s. 19.8.2016 n. 175, in vigore dal 23.9.2016.



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

Il legislatore ha tentato di ricompattare la legislazione sulle società a partecipazione pubblica, prima frammentaria e slegata, oltre che localizzata in varie disposizioni legislative, all'interno di un unico testo unico, in grado di disciplinare le società pubbliche sotto tutti i profili, dalla costituzione, al reclutamento del personale sino alla governance ed alla crisi di impresa.

17.La prima questione, sollevata dalla difesa dei reclamanti attiene alla immediata applicabilità o meno della nuova disciplina alla controversia in esame.

Si rileva sul punto che il d.lgs. 175/2016 costituisce attuazione della legge delega 7.8.2015 n. 124 (delega al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche).

L'art. 18 della legge n. 124 del 2015, dopo aver premesso che “il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato *al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa* e la tutela e promozione della concorrenza...” ha inserito alla lettera a) dei principi e criteri direttivi la “distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e *individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica*, ivi compresa quella *in materia di organizzazione e crisi di impresa*”.

E' del tutto evidente, allora, che con riferimento alla regolamentazione della crisi dell'impresa pubblica di cui all'art. 14 del d.lgs. 175/2016, l'interprete non può non tenere conto delle dirompenti novità apportate dalla nuova architettura normativa.

Va chiarito che alcune norme, entrate in vigore il 23.9.2016, si applicano solo a fattispecie successive a tale entrata in vigore. In particolare, si richiama l'art. 5 (oneri di motivazione analitica) per cui la motivazione “rafforzata” si riferisce all'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica o di acquisto di



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

partecipazioni anche indirette. L'art. 3, poi, prevede che la partecipazione pubblica possa realizzarsi solo per le società a responsabilità limitata e per azioni, con esclusione delle società di persone, di associazioni o fondazioni.

La governance della società a “controllo pubblico”, da distinguere rispetto alle società a “partecipazione pubblica” è soggetta a particolare rigore, con la previsione da parte dell'art. 6 comma 2 di “specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale” e con l'opportunità di integrazione degli strumenti di governo societario con: regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza; un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza, che collabora con l'organo di controllo statutario, con trasmissione periodica di relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione; codici di condotta propri; programmi di responsabilità sociale d'impresa.

Allo stesso modo l'art. 20 che disciplina la razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche, entro il 31 dicembre di ogni anno, trova applicazione a decorrere dal 2018 (cfr. art. 26 comma 11 “alla razionalizzazione periodica di cui all'articolo 20 si procede a partire dal 2018, con riferimento alla situazione al 31 dicembre 2017”).

La normativa detta *alcune norme transitorie*, come in tema di revisione straordinaria delle partecipazioni, per le quali l'art. 24 prevede che “le partecipazioni detenute...in società non riconducibili ad alcuna delle categorie di cui all'articolo 4, commi 1, 2 e 3, ovvero che non soddisfano i requisiti di cui all'articolo 5 commi 1 e 2...sono alienate o sono oggetto delle misure di cui all'articolo 20 commi 1 e 2”. Si prevede che, a tal fine, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto lgs. 175/2016 ciascuna amministrazione pubblica dovrà effettuare la ricognizione di tutte le partecipazioni possedute alla data di entrata in vigore del decreto legislativo.

La medesima ricognizione deve essere effettuata ai sensi dell'art. 26, per il personale dipendente, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della normativa.

L'art. 26 prevede, poi, che “le società a controllo pubblico già costituite all'atto dell'entrata in vigore del presente decreto adeguano i propri statuti alle disposizioni



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

del presente decreto entro il 31 dicembre 2016. Per le disposizioni dell'articolo 17, comma 1, il termine per l'adeguamento è fissato al 31 dicembre 2017".

Pertanto, con riferimento alla crisi di impresa non è stata dettata alcuna disciplina transitoria.

La disciplina di cui al d.lgs. 175/2016, però, pur non costituendo norma di interpretazione autentica, in assenza di un espresso riferimento in tal senso, avendo tra l'altro anche carattere innovativo (tanto da prevedere una analitica disciplina transitoria), non può non incidere sulla decisione in ordine alla fallibilità e comunque all'accesso alle procedure concorsuali delle società in house providing.

L'art. 14, infatti, detta proprio una disciplina specifica per la "crisi di impresa di società a partecipazione pubblica", evidentemente al fine di chiarire i dubbi suscitati dalle contraddittorie decisioni giurisprudenziali.

Fra l'altro, già in precedenza la Suprema Corte, con riferimento ad altre fattispecie, ha ravvisato nella norma sopravvenuta l'indirizzo interpretativo cui adeguare le valutazioni giurisprudenziali, anche se relative a fattispecie anteriori all'entrata in vigore dello ius superveniens.

In particolare, si è affermato, in tema di *presupposti dimensionali* per l'esonero dalla fallibilità del debitore, nel computo dei ricavi, ai fini del riconoscimento della qualifica di piccolo imprenditore, il triennio cui si richiama il legislatore nell'art. 1, comma 2, lett. b), legge fall. (nel testo modificato dal d.lgs. n. 5 del 2006, applicabile "ratione temporis") va riferito *agli ultimi tre esercizi*, in cui la gestione economica è scadenzata, e non agli anni solari; a tale interpretazione si perviene, in assenza di un dato letterale della norma sufficientemente chiaro ed inequivoco che ne permetta la ricostruzione del significato e la connessa portata precettiva, mediante il ricorso al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, nell'esame complessivo del testo, della "mens legis", con un'interpretazione sistematica delle norme ed il richiamo, tra esse, dell'art.14 legge fall., che, in tema di istanza di fallimento, impone al debitore, che chieda tale dichiarazione, di depositare le scritture contabili e fiscali degli ultimi tre anni, cioè degli ultimi tre esercizi, cui ha invero riguardo la



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

documentazione funzionale all'accertamento delle sue condizioni di fallibilità, *mentre la modifica letterale del citato art. 1, intervenuta ad opera del d.lgs. n. 169 del 2007, pur non fungendo da fonte di interpretazione autentica, ha proprio voluto eliminare ogni incertezza sull'interpretazione effettiva della disposizione*, nel senso sopra indicato (Cass.Civ., 3 dicembre 2010, n. 24630).

Inoltre, si è statuito che *l'art. 182, comma 2, c.p.c.* (nel testo, applicabile "ratione temporis", anteriore alla modifica introdotta dall'art. 46 della l. n. 69 del 2009), trova applicazione anche nel caso di vizio della procura alle liti e *va interpretato, anche alla luce della novella, nel senso che il giudice è tenuto a promuovere la sanatoria del vizio, assegnando un termine alla parte* che non vi abbia già provveduto di sua iniziativa (Cass.Civ., 4 novembre 2015, n. 22559).

In altra fattispecie, si è attribuito allo *ius supervenies* fallimentare valore innovativo e non interpretativo, ma si trattava della modifica sostanziale delle *azioni revocatorie*, uscite di molto ridimensionate sia per i nuovi limiti temporali che per l'ampia categoria di esenzioni di cui all'art. 67 comma 3 l.f., Ciò ha indotto la Suprema Corte a ritenere che le modifiche apportate all'istituto della *revocatoria* fallimentare a seguito dell'art. 2, comma 2, del d.l. n. 35 del 2005 (convertito nella l. n. 80 del 2005) si applicano soltanto alle azioni proposte nell'ambito di procedure concorsuali iniziate dopo l'entrata in vigore del decreto stesso, trattandosi di *norme innovative* che introducono una *disciplina diversa per situazioni identiche*; ne consegue che *anche la disposizione dell'art. 70 l.fall. ha natura innovativa e non d'interpretazione autentica* ove introduce, per l'ipotesi di fondatezza dell'azione - allorché la banca non abbia provato che le rimesse non avevano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito ovvero tale riduzione risulti comunque provata -, un *limite oggettivo all'obbligo di restituzione*, secondo il criterio del *massimo scoperto*, cioè del differenziale tra l'ammontare raggiunto dalle pretese, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato di insolvenza, e quello alla data del fallimento (Cass.Civ., 9 dicembre 2015, n. 24868).

18.Va ora chiarito se le innovazioni del testo unico sulle società partecipate abbiano o



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

meno impresso un orientamento univoco in ordine alla questione della fallibilità delle società pubbliche.

19. Questa Corte di Appello, con una recente decisione (n. 304/2015), citata dalle parti in giudizio, ha in precedenza ritenuto la non fallibilità delle società in house, e quindi anche l'impossibilità per le stesse di accedere alla procedura di concordato preventivo.

20. Tre tesi si contendevano il campo prima delle pronunce della Suprema Corte del settembre (Cass.Civ., 27 settembre 2013 n. 22209 per la quale tutte le società pubbliche sono fallibili, anche se non si trattava delle società in house) e del novembre 2013 (Cass.Civ., 26283 del 2013 in tema di difetto di giurisdizione per la responsabilità degli amministratori delle società in house).

Per la tesi "panprivatistica" tutte le società a partecipazione pubblica erano assoggettabili al fallimento e potevano accedere al concordato preventivo, in quanto l'unica norma dettata ad hoc dal legislatore era l'art. 2449 c.c. (oltre all'art. 2451 c.c. per le società di interesse nazionale), in materia di nomina e di revoca degli amministratori delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, per cui lo statuto può conferire all'ente pubblico la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale, mentre la revoca può essere esercitata solo dagli enti che li hanno nominati. Per tutto il resto valeva la disciplina generale del codice civile, avendo riguardo soprattutto all'affidamento dei terzi che contrattano con le società pubbliche e che devono avere la consapevolezza che in caso di insolvenza delle ultime possano attivare le procedure concorsuali ordinarie.

La tesi "funzionale" prevedeva la possibilità di fallimento e di concordato preventivo solo per le società pubbliche che non svolgevano servizi pubblici essenziali, perchè altrimenti, da un lato, vi sarebbe stata una illegittima sovrapposizione di organi giurisdizionali rispetto ad organi scelti dall'apparato politico e, dall'altro, non si sarebbe potuto disporre l'esercizio provvisorio del servizio pubblico essenziale ex art. 104 l.f., stante il sicuro grave pregiudizio per i creditori.



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

Il terzo orientamento “tipologico”, invece, escludeva la fallibilità e l'accesso al concordato preventivo per quelle società pubbliche che, in base a determinati indici sintomatici, e quindi con un esame analitico caso per caso, presentavano i requisiti della società in house: partecipazione pubblica totalitaria al capitale sociale, attività svolta in prevalenza per l'ente pubblico partecipante e controllo della partecipante sulla società in house “analogo” a quello esercitato dalla partecipante sui propri servizi.

Era evidente il richiamo a tutta la giurisprudenza comunitaria e nazionale formatasi, nel settore specifico degli appalti pubblici, con riferimento all'affidamento diretto del servizio ed alla deroga al principio di concorrenza, in caso di assenza di alterità soggettiva tra affidante ed affidatario.

Si era inteso, così, aderire proprio al terzo orientamento, dettato dalla Suprema Corte in materia di responsabilità degli amministratori delle società in house, laddove si è ritenuto che, in presenza del triplice requisito sopra indicato, le società in house perdevano i connotati di società caratteristici del codice civile, per divenire una sorta di *longa manus* della pubblica amministrazione, ossia delle vere e proprie articolazioni dell'ente, prive del tutto di capacità di decisione, ma subordinate al controllo gerarchico dell'ente pubblico. Si squarciava il velo tra società e socio, sicchè il danno subito dal patrimonio della società era attribuibile, in realtà, al patrimonio, anche se separato, dell'ente pubblico. Gli amministratori della società in house, allora, non erano più privati cui era stato affidato il *munus* di amministratore, ma veri e propri dipendenti dell'ente pubblico, inseriti in un rapporto di gestione con l'ente stesso.

In tal modo, le società in house si distaccavano dal “sistema” delle società, ma presentavano un “dna” del tutto diverso e distinto dalle società private, con peculiarità tali da non poter neppure essere considerate parte di un “unicum” societario (al limite della violazione dell'ordine pubblico societario), per acquisire, anche attraverso i nuovi organi inseriti all'interno della governance, come comitati ed assemblee con pareri obbligatori e vincolanti, uno *status* nuovo di articolazione



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

periferica di un ente pubblico, acquisendo la stessa natura di pubblica amministrazione, pure se con un patrimonio separato.

Il controllo analogo consiste nel potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative delle società in house, in modo molto più invasivo, rispetto alla influenza “dominante” propria del controllo societario ex art. 2359 c.c. Si tratta di un potere più penetrante della direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c., con annullamento pressochè integrale dell'autonomia gestionale della società controllata. Gli amministratori della controllata, infatti, nel sistema del gruppo societario con direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c., comunque, mantengono il potere di gestione ex art. 2380 bis c.c., con possibilità di discostarsi dalle direttive eventualmente illegittima impartite dalla capogruppo.

L'ente in house è uno dei servizi dell'ente pubblico (cfr. in motivazione “di società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo potere decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo propri, non è più possibile parlare”).

In particolare, per la Suprema Corte, *non potendosi configurare un rapporto di alterità* tra l'ente pubblico partecipante e la società cd. in house che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di *separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità*. Dal che discende che, in questo caso, il danno eventualmente inferito al patrimonio da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico: è quindi un danno erariale, che giustifica l'attribuzione alla Corte dei Conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità (Cass.Civ., 25 novembre 2013, n. 26283).

21. Alla luce del d.lgs. n. 175 del 2016 la Corte intende mutare il proprio precedente orientamento.

Non v'è dubbio che sia la V Commissione Permanente Bilancio, Tesoro e Programmazione, nel parere reso il 30-6-2016, sia il Consiglio di Stato, Commissione



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

Speciale, nel parere del 16.3.2016, abbiano tentato di innestare nel decreto legislativo disposizioni autonome sia per gli enti strumentali (art. 13 primo comma del d.l. 4 luglio 2006 n. 223, abrogato dall'art. 29 del d.lgs. 175/2016) che per le società in house, in aderenza al principio contenuto nell'art. 18 della legge delega.

22. In particolare, il Consiglio di Stato ha ravvisato nelle società in house una tipologia societaria del tutto distinta dalle altre, proprio per le profonde deviazioni rispetto al nucleo fondante delle società di capitali, con evidenti anomalie rispetto alla fenomenologia societaria, tanto che si prevede la deroga persino al potere di gestione degli amministratori di cui all'art. 2380 bis comma 1 c.c.. L'applicazione della disciplina speciale per l'in house deriva proprio dalla profondità delle divergenze rispetto ai principi di fondo della struttura societaria, in applicazione del principio di "proporzionalità" delle deroghe alla disciplina privatistica.

Il Consiglio di Stato ha richiamato nel suo parere anche l'art. 106 del TFUE (trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) per il quale "le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale...sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme *non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatti, della specifica missione loro affidata*" (cfr. p. 14, paragrafo 2.2.).

Per il Consiglio di Stato, dunque, "la società in house conserva...una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato".

Ancora si precisa che si è dinanzi ad un sistema complesso di deroghe alla disciplina privatistica, sicchè dovrebbe procedersi ad una distinzione più netta tra "società a controllo pubblico", "società a partecipazione pubblica" e "società quotate", "con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità gradualmente più ridotta" (cfr. pagina 46 del parere; osservazioni all'articolo 3). Inoltre, si evidenzia che "nell'ambito di un secondo modello generale dovrebbero confluire le società strumentali e le società in house, con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità maggiore". Nelle osservazioni all'art. 18 rileva che



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

“l'esclusione[dal fallimento e dal concordato preventivo], nella impostazione tradizionale, si giustificava in ragione del fatto che le regole di diritto comune, applicate agli enti pubblici economici, avrebbero finito per incidere sull'esistenza stessa dell'ente stesso. La “essenzialità” dell'ente imponeva, pertanto, la sua esclusione dall'applicazione delle procedure concorsuali...*si potrebbe, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società in house*”.

Con riferimento alla deroga all'art. 2380 bis c.c., per le società in house, il Consiglio di Stato rileva che non dovrebbe trattarsi di semplice facoltà di discostarsi da tale disposizione, in quanto proprio la struttura del controllo analogo, implica una deviazione dirompente da tale norma.

Per il Consiglio di Stato, dunque, “in ogni caso, anche se si mantiene l'attuale formulazione, è indubbio che si introduce sull'assetto organizzativo...una deroga così pregnante al tipo societario disciplinato dal codice che impedisce di ravvisare una società che in esso possa essere sussunta. Ed è questa la ragione per la quale si è proposto di inserire autonomamente l'inhouse tra i tipi societari”.

23.La stessa direzione segue il parere della V Commissione Permanente Bilancio, Tesoro e Programmazione, ove è riportata la seguente osservazione: “si valuti l'opportunità di individuare le tipologie di società in cui è ammessa la partecipazione da parte della pubblica amministrazione, definendo, come risulta dal parere del Consiglio di Stato, una distinzione più netta tra “società a controllo pubblico”, “società a partecipazione pubblica” e “società quotate”, con deroghe al codice civile di intensità decrescente, nonché tra “società strumentali” e “società in house”, con deroghe al codice civile di maggiore intensità, valutando altresì l'opportunità di elencare per ciascuna delle predette tipologie le norme del decreto che risultano applicabili”.

24.Il legislatore è, però, andato di contrario avviso, come risulta chiaramente dalla relazione illustrativa al d.lg. 175/2016 sub art. 14 (“L'articolo 14 disciplina le ipotesi di crisi aziendale nelle società a controllo pubblico, dettando specifiche procedure per



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

prevenire l'aggravamento della crisi stessa, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause. In accoglimento della condizione n. 18 della Commissione V Bilancio della Camera è stata modificata la rubrica. *Non si è, invece, ritenuto di accogliere le osservazioni del Consiglio di Stato e della Commissione V Bilancio della Camera (osservazione n. 14) che mirano a differenziare la disciplina delle crisi aziendali rispetto a diverse tipologie di società (in house e strumentali): si tratta di una soluzione contraria all'impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame*".

25. Il testo del d.lgs. n. 175/2016, pur presentando alcune zone grigie, in ordine alla fallibilità delle società in house, tuttavia è orientato alla tesi panprivatistica, sicché tutte le società a partecipazione pubblica sono fallibili e possono accedere alle procedure concorsuali.

Invero, stranamente la nozione di società in house, cui è dedicato un intero articolo (art. 16), è richiamata in numerose norme del decreto legislativo, ma è stranamente assente proprio nell'art. 14 che disciplina la crisi delle società a partecipazione pubblica.

Numerosi elementi testuali depongono per la scelta di campo del legislatore per l'accessibilità anche delle società in house alle procedure concorsuali degli imprenditori commerciali ex art. 1 l.f.

26. La rubrica del decreto legislativo è "*Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*", proprio a disegnare il perimetro dell'intera galassia delle società pubbliche, ricomprendendovi anche le società a controllo pubblico e le società in house.

27. Nelle definizioni di cui all'art. 2 troviamo, infatti, oltre a quelle sul controllo, sul controllo analogo e sul controllo analogo congiunto (in questo caso con il rimando espresso all'art. 5 comma 5 dei Contratti Pubblici – d.lgs. 50/2016), anche le definizioni di società a controllo pubblico, a partecipazione pubblica e società in house (con richiamo espresso all'art. 5 comma 1 del Codice dei Contratti Pubblici).

Il controllo è indicato come "la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo”.

Le società “a partecipazione pubblica” sono “le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubbliche”.

È evidente, allora, che la definizione di società “a partecipazione pubblica” sia “ad ampio spettro” ed in grado di ricomprendere al suo interno sia le società a controllo pubblico, sia le società in house.

28.L'art. 4, laddove indica le finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche, con una finalità generale o “vincolo di scopo pubblico” (“le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali”) e le attività specificamente elencate nelle lettere da a) ad e), inserisce anche le società in house (comma 4 “Le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2”). Pertanto, trova conferma l'opzione panprivatistica verso una nozione di società a partecipazione pubblico ad ampio raggio.

29.Anche laddove una differenziazione tra le varie società pubbliche appare molto forte, in realtà ci si rende conto che la scelta del legislatore è stata chiara.

Infatti, l'art. 11 (organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico) prevede per le società “a controllo pubblico” il “divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società” (comma 9 lettera d), aggiungendo che “le società a controllo pubblico limitano ai casi previsti dalla legge la costituzione di comitati con funzioni consultive o di proposta”. Insomma, il legislatore opta per società pubbliche “ortodosse” in tema di disciplina societaria.

Allo stesso modo per le società a partecipazione pubblica si stabilisce al comma 16



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

che “nelle società a partecipazione pubblica ma non a controllo pubblico, l'amministrazione pubblica che sia titolare di una partecipazione pubblica superiore al dieci per cento del capitale propone agli organi societari l'introduzione di misure analoghe a quelle di cui ai commi 6 e 10”.

Per le società in house, invece, l'art. 16 stravolge la fisionomia societaria, realizzando proprio quella modificazione genetica dei principi generali delle società che avevano indotto il Consiglio di Stato ad esprimersi per una regolamentazione tipologica delle società pubbliche, con applicazione diversificate delle norme del codice civile in proporzione all'entità delle deroghe introdotte alla struttura societaria.

Pertanto, al comma 2 lettera a) si prevede che “gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'art. 2380 bis (la gestione spetta esclusivamente agli amministratori) e dell'articolo 2409 novies del codice civile” (la gestione spetta al Consiglio di gestione nel sistema dualistico). L'art. 16 comma 2 lettera b aggiunge che “gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile”, mentre la lettera c del comma 2 prevede che “in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341 bis, primo comma, del codice civile”.

Sembrirebbe, quindi, che effettivamente le società in house siano geneticamente diverse dalle società pubbliche in generale, sì da meritare un diverso trattamento in sede di crisi di impresa.

Tuttavia, scorrendo l'art. 17 in ordine alle società miste, a partecipazione pubblico privata, si nota che in tali società gli statuti possono prevedere le medesime deroghe indicate per le società in house, con deroga espressa agli articoli 2380 bis e 2409 novies.

Inoltre, nei casi di cui al comma 6 dell'art. 17 le società miste possono ricevere affidamenti diretti di contratti pubblici, ricorrendo alcune condizioni (scelta del socio



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

privato nel rispetto di procedura di evidenza pubblica; il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal d.lgs. 50/2016; la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70 % del relativo importo).

Allora, quelle peculiarità delle società in house, che sembravano collocarle al di fuori dello schema societario del codice civile, in una zona d'ombra, tale da far pensare ad esse come una mera articolazione della pubblica amministrazione, una sorta di "appendici" della stessa, si rinvengono anche nelle società miste.

Il legislatore ha, allora, effettuato una scelta precisa: tutte le società a partecipazione pubblica, comprese le società a controllo pubblico, le società miste e le società in house sono fallibili e possono accedere al concordato preventivo.

30.L'art. 14, quindi, quando si riferisce alla "crisi di impresa di società a partecipazione pubblica", pur non menzionando espressamente le società in house, non può che ricomprenderle all'interno del suo raggio d'azione ("le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonchè, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi").

Inoltre, il comma 6 prevede che "Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una *società a controllo pubblico, titolare di affidamenti diretti*, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita".

Il riferimento alle società a controllo pubblico "*titolare di affidamenti diretti*", pare richiamare proprio le società in house, anche se pure le società miste, ai sensi dell'art. 17, possono essere titolari di affidamenti diretti.

Certo, se il legislatore avesse inserito all'interno dell'articolo 14 la menzione delle società in house, non vi sarebbe stata la necessità di una complessa ricostruzione interpretativa.

Inoltre, l'incipit dell'art. 16 svela la portata specifica della norma diretta



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

esclusivamente ad introdurre deroghe alla concorrenza nei contratti pubblici (“Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo”).

31. La scelta per il sistema privatistico pare incoraggiata anche dall'art. 12 in tema di “responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate”.

Con la sentenza della Corte di Cassazione 26283 del 2013 si era operata una summa divisio per le società pubbliche, nel senso che le azioni di responsabilità aventi ad oggetto il danno al patrimonio della società pubblica dovevano essere proposte dinanzi al giudice ordinario ai sensi degli artt. 2393 e 2394 (azione dei creditori sociali), mentre in caso di danno diretto alla società partecipante (danno erariale come il caso del danno all'immagine) ex art. 2395 c.c. l'azione doveva essere proposta dal pubblico ministero dinanzi al giudice contabile. Allo stesso modo l'azione del pubblico ministero dinanzi al giudice contabile si esercitava nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale ma) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, avesse colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione. Ciò nel caso in cui il socio pubblico, in presenza di atti di mala gestio imputabili agli amministratori o agli organi di controllo della società partecipata, avesse trascurato ingiustificatamente di esercitare le azioni di responsabilità alle quali egli fosse stato direttamente legittimato, ove ne fosse derivata una perdita della partecipazione.

Per le società in house, invece, sia per il danno al patrimonio della società che, in realtà, era un danno arrecato ad un patrimonio, anche se separato, ma riferibile alla pubblica amministrazione, sia per il danno erariale, procedeva il pubblico ministero dinanzi al giudice contabile. Ogni azione di danno trovava sbocco per le società in house dinanzi alla Corte dei Conti, intensificando la distinzione tra le società in house e gli altri modelli societari.

L'art. 14, invece, pare eliminare questa differenza per ricondurre le società in house



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

nell'alveo di tutte le società a partecipazione pubblica. Infatti, il comma 1 prevede che “i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house”.

Pare, allora, che anche per le società in house si debba ora distinguere tra danno al patrimonio della società in house, per cui è competente il giudice civile e danno erariale per cui giudica la corte dei conti, proprio come per tutte le società a partecipazione pubblica.

Se vi è una società mista, la competenza della Corte dei conti sulle controversie di danno erariale, si mantiene nei limiti della quota di partecipazione pubblica.

32. Altro elemento che fa optare per la soluzione panprivatistica lo si ricava dall'art. 19, in tema di gestione del personale delle società a controllo pubblico. Infatti, l'art. 63 del d.lgs. 165/2001 prevede la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, mentre attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione sulle controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazione.

Al contrario, l'art. 19 comma 4 prevede la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale.

33. Con il primo motivo di impugnazione, in relazione al procedimento n. 176/2016, la reclamante Business Partner Italia scpa, contesta il decreto di omologazione in quanto la proponente Aca spa non ha previsto “espressamente l'impegno ...di pagare i creditori in una determinata percentuale”. In particolare, si ritiene che la percentuale di pagamento deve essere vincolante e non meramente indicativa, come invece è possibile nel concordato liquidatorio. La società proponente ha dapprima proposto il pagamento della percentuale del 60,38 % ai creditori chirografari, senza mai impegnarsi espressamente a conseguire tale risultato, ma poi in sede di adunanza dei creditori, una volta preso atto delle considerazioni del Commissario Giudiziale in



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

sede di relazione ex art. 172 l.f., ha ridotto la percentuale di pagamento dei chirografari al 56%.

Tale motivo è infondato.

Invero, la Suprema Corte, con riferimento al concordato preventivo con cessione dei beni ha sempre ritenuto che la percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari – nei concordati presentati prima del dl 27.6.2015 n. 83, poi convertito in legge 6.8.2015 n. 132 – è solo indicativa, ma non vincolante nei confronti del debitore concordatario salva l'ipotesi in cui il debitore abbia espressamente assunto una obbligazione in tal senso (cfr. Cass.Civ. Sez.Un., 1521/2013 in motivazione pagina 53 “quando si tratti di proposta concordatizia con cessione dei beni la percentuale di pagamento eventualmente prospettata non è vincolante, non essendo prescritta da alcuna disposizione la relativa allegazione ed essendo al contrario sufficiente l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni dell'imprenditore liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore, salva l'assunzione di una specifica obbligazione in tal senso”).

In altra decisione la Suprema Corte ha chiarito che, in tema di concordato preventivo con cessione dei beni, dopo la riforma fallimentare di cui al decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 e successive modificazioni, *l'indicazione della percentuale di pagamento ai creditori e dell'epoca di presumibile liquidazione corrisponde essenzialmente ad una funzione informativa, idonea ad integrare la determinatezza e l'intelligibilità della proposta stessa, ma non entra - almeno di regola e salvo diversa esplicitazione - in modo diretto a far parte altresì degli obblighi assunti del debitore stesso, come sarebbe nel concordato misto, in cui ai creditori viene garantita una data percentuale di soddisfacimento*; ne consegue che unico obbligo assunto dal debitore è quello di porre a disposizione dei creditori i beni liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione ovvero ne alterino in modo sensibile il valore, spettando ai creditori, che ne condividano la valutazione, accettare il rischio di un diverso esito della liquidazione stessa, comparandone la complessiva convenienza sulla base delle



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

alternative praticabili (Cass.Civ., 23 giugno 2011, n. 13817).

Pertanto, la giurisprudenza di merito ha ritenuto che, al contrario, in caso di continuità aziendale, il debitore è obbligato ad impegnarsi al pagamento di una determinata percentuale.

Si è affermato, infatti, che, a differenza del concordato con cessione, nel quale il risultato economico per i creditori dipende dall'esito più o meno positivo delle operazioni di liquidazione dei beni, nel concordato con continuità aziendale (definito anche "con garanzia") la *percentuale di soddisfacimento dei creditori è certa e vincolante*: in quest'ultima forma di concordato, non è ammessa quindi una proposta generica di soddisfare i creditori. Tale tipologia di concordato è quindi caratterizzata dall'imputazione del rischio della continuazione dell'impresa in capo ai creditori e dalla possibilità per il debitore di riacquistare la piena disponibilità e gestione del proprio patrimonio a seguito dell'omologazione della proposta concordataria (Trib. Roma, 14 aprile 2016, *Ilfallimentarista.it*, 2016).

Va precisato anche che il nuovo comma 5 dell'art. 160 l.f., non applicabile alla fattispecie in esame *ratione temporis*, si prevede che "in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186 bis". L'art. 161 comma 2 lettera e, dopo le modifiche di cui al dl 27.6.2015 n. 83, ha previsto che la "proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente sii obbliga ad assicurare a ciascun creditore". Le proposte di terzi sono inammissibili ai sensi dell'art. 163 comma 5 l.f. se "il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186 bis l.f., di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari".

Pertanto, per i concordati proposti dopo il dl 83/2015, con continuità aziendale, risulta affievolita, per l'evidente favor del legislatore verso il concordato in continuità,



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

dunque, l'assicurazione al pagamento di una determinata percentuale, anche se per entrambe le tipologie di concordato l'intento del legislatore è quello di indicare con maggiore precisione, rispetto al passato, il quantum offerto ai creditori chirografari. L'indicazione della percentuale di soddisfacimento continua, allora, ad essere presupposto indefettibile anche del concordato con continuità aziendale (Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, [Ilsocietario.it](#), 2016), pur se non intesa come vera e propria obbligazione di adempiere con quella determinata percentuale di soddisfacimento.

L'esenzione dall'obbligo di assicurare una percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari prevista dal comma 5 dell'art. 160 l. fall., facendo riferimento all'art. 186 bis senza ulteriori specificazioni e/o limitazioni, si riferisce al concordato in continuità sia nella forma diretta che indiretta (Trib. Torre Annunziata, 13 aprile 2016, [Ilfallimentarista.it](#)).

Tuttavia, si rileva che la società debitrice ha mantenuto sempre costante l'indicazione della percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari, passando da quella del 60,38 % in sede di proposta, a quella del 56,16 % in sede di adunanza dei creditori ("interviene l'Avv. Sergio Della Rocca per la società proponente, il quale alla luce dei rilievi formulati dal C.G. nella relazione ex art. 172 l.f., in ordine alla previsione di soddisfazione dei creditori chirografari in termini percentuali, precisa la proposta nel senso che la percentuale di soddisfazione per i creditori chirografari è da intendersi compresa tra il 56,16 % (secondo le previsioni espresse dal C.G. Nella tabella U della relazione ex art. 172 l.f.) ed il 60,38 % previsto nella proposta originaria. Il legale rappresentante conferma la precisazione nei termini riferiti dal legale...l'Avv. Della Rocca *...ribadisce* che l'impegno e la proposta ai creditori chirografari è di una soddisfazione al 60,38 % pur ritenendo doveroso, in via prudenziale, richiamare l'attenzione dei creditori sulla circostanza che, per via del riconoscimento del grado privilegiato ad alcuni creditori inizialmente considerati chirografari nel piano, la percentuale di soddisfazione potrà attestarsi, in sede di esecuzione, intorno al 56 %...").

Pertanto, in realtà, a differenza di quanto contestato dalla reclamante, vi è stato un



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

“impegno espresso” al pagamento della percentuale di almeno il 56 % dei creditori chirografari.

Inoltre, nel parere ex art. 180 l.f. il Commissario Giudiziale ha precisato che “sulla base delle rettifiche operabili alla data di stesura della presente relazione e delle citate precisazioni creditorie, la percentuale di pagamento dei creditori chirografari si attesta intorno al 55-57 %...”.

In sede di ricorso per l'omologazione la società, verificato che il fabbisogno concordatario era diminuito da € 69.098.625,09 ad € 66.500.352,03, con un surplus di € 2.600.000,00 circa, ha affermato che “la differenza...potrà concorrere al soddisfacimento dei creditori chirografari nella misura del 60,38 % come da proposta concordataria”.

Va anche precisato che per la Suprema Corte è ammissibile la domanda di concordato che, ferme restando la proposta e le modalità di attuazione della stessa previste nel piano, prospetti la *possibilità di diverse percentuali di soddisfacimento dei creditori, ricomprese entro una forbice variabile tra una soglia minima ed una massima*, a seconda dell'esito dell'accertamento dei crediti in contestazione vantati da terzi (Cass.Civ., 11 aprile 2016, n. 7066).

34. Con il secondo motivo di impugnazione la reclamante evidenzia la violazione degli artt. 160, 161 e 180 l.f., con riferimento alla pretesa illegittimità della proposta di concordato e del piano nella parte in cui si basano “su prospettazioni giuridiche errate e prevedono il compimento di attività non consentite dalle leggi vigenti”. In particolare per la reclamante il piano e la proposta si fondano su un metodo tariffario anteriore (delibera n. 585 del 28-12-2012) rispetto a quello deliberato successivamente dalla AEEGSI (delibera n. 643 del 27-12-2013), mentre avrebbero dovuto tenere conto del nuovo metodo tariffario che prevedeva maggiori ricavi per l'ACA spa, essendo stato depositato il piano del concordato preventivo in data 9-7-2014. Pertanto, la reclamante evidenzia cinque aspetti asseritamente tralasciati dal primo Giudice: 1) il nuovo decreto tariffario è entrato in vigore il 1 gennaio 2014, sicchè il piano presentato il 9-7-2014 avrebbe dovuto tenerne conto; il fatto che l'ATO



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

abbia deliberato il nuovo piano economico finanziario solo il 25-7-2014 rappresenta un mero ritardo del processo amministrativo rispetto alle scadenze fissate dalla delibera 643 del 2013. La nuova pianificazione tariffaria doveva essere inviata dall'ATO alla AEEGSI entro il 31-3-2014. In assenza della deliberazione dell'ATO, l'ACA avrebbe dovuto elaborare ed inviare il nuovo piano tariffario all'AEEGSI entro il 30-4-2014; 2) la nuova delibera prevedeva un obbligo di conguaglio tra i costi riconosciuti dalla vecchia tariffa e quelli della nuova nel corso del periodo transitorio; 3) il nuovo piano tariffario doveva essere comunicato ai creditori; 4) le variazioni tariffarie non possono essere previste dall'ATO, ma solo dall'AEEGSI; 5) è illegittimo il "contributo ATO" previsto come attivo concordatario per consentire gli investimenti all'ACA spa.

Tale motivo è inammissibile.

34.1. Va accolta, infatti, l'eccezione di inammissibilità del motivo di impugnazione per avere la reclamante impugnato il decreto di omologazione solo per la parte concernente l'asserita illegittimità dell'applicazione delle vecchie tariffe, senza però impugnare la restante parte del provvedimento di omologazione, nel quale si faceva riferimento ai sicuri vantaggi per la massa dei creditori derivanti da eventuali più sostanziosi ricavi con l'applicazione delle nuove tariffe.

Invero, ove la sentenza sia sorretta da una *pluralità di ragioni, distinte ed autonome*, ciascuna delle quali giuridicamente e logicamente sufficiente a giustificare la decisione adottata, *l'omessa impugnazione di una di esse rende inammissibile, per difetto di interesse, la censura relativa alle altre*, la quale, essendo divenuta definitiva l'autonoma motivazione non impugnata, non potrebbe produrre in nessun caso l'annullamento della sentenza (Cass.Civ., 3 novembre 2011, n. 22753; Cass.Civ., 29 marzo 2013, n. 7931).

La sentenza del giudice di merito, la quale, dopo aver aderito ad una prima ragione di decisione, esamini ed accolga anche una seconda ragione, al fine di sostenere la decisione anche nel caso in cui la prima possa risultare erronea, non incorre nel vizio di contraddittorietà della motivazione, il quale sussiste nel diverso caso di contrasto



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

di argomenti confluenti nella stessa "ratio decidendi", né contiene, quanto alla "causa petendi" alternativa o subordinata, un mero "obiter dictum", insuscettibile di trasformarsi nel giudicato. *Detta sentenza, invece, configura una pronuncia basata su due distinte "rationes decidendi", ciascuna di per sé sufficiente a sorreggere la soluzione adottata, con il conseguente onere del ricorrente di impugnarle entrambe, a pena di inammissibilità del ricorso* (Cass.Civ., 7 novembre 2005, n. 21490).

Tale principio trova applicazione anche nei procedimenti camerati di cui all'art. 737 e ss. c.p.c.

Peraltro, il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, limitatamente ai procedimenti in cui trovi applicazione la riforma di cui al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, è caratterizzato da un *effetto devolutivo pieno*, ma tale affermazione non implica che sia sufficiente ed idonea a provocare il secondo giudizio la mera richiesta di riesame, perfino senza enunciazione dei motivi. Ne consegue che, *pur se risulti attenuato il requisito dell'art. 342 cod. proc. civ.*, nondimeno è inammissibile la deduzione di motivi di impugnazione nuovi e diversi rispetto a quelli tempestivamente adottati con l'atto introduttivo (Cass.Civ., 13 giugno 2014, n. 13505).
34.2. Il motivo va rigettato anche nel merito.

Invero, è pacifico che la delibera n. 643 del 2013 ha ricevuto attuazione solo in data 25-7-2014, quando il piano di concordato preventivo con continuità aziendale era stato già predisposto e depositato.

I tempi tecnici trascorsi dal 27-12-2013 al 25-7-2014 sono stati impiegati per trovare un accordo tra Aca spa, Ato ed Ati, quest'ultima coinvolta nel progetto di project financing.

La complessità delle trattative intercorse tra le parti è dimostrata dai documenti prodotti, dai quali emerge la transazione intercorso tra ATO ed ACA spa, con autorizzazione del Tribunale fallimentare e con la previsione del creditore strategico ATO per € 2.000.000,00 ai sensi dell'art. 182 quinquies l.f.

Non è stato necessario, quindi, esercitare il potere sostitutivo da parte di Aca spa che, invece, è riuscita ad intavolare trattative ed a concludere un accordo che coinvolgeva



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

anche l'ATI interessata al project financing.

In realtà, poi, la variazione del sistema tariffario non ha comportato modifiche di rilievo al piano, in quanto gli eventuali maggiori ricavi, dovevano essere confrontati con i costi superiori e con gli investimenti pluriennali richiesti dalla ATO all'ACA spa. Ciò che interessa ai creditori ai fini del voto e della valutazione di convenienza è rappresentato non dai semplici ricavi, ma dagli utili, quindi dalla differenza tra ricavi eventualmente maggiori, con costi ed investimenti pluriennali anch'essi maggiori.

Tanto è vero che si è previsto che ove i costi e gli investimenti non fossero stati coperti dai nuovi ricavi si sarebbe potuto innalzare il valore della tariffa applicata dall'ACA (cfr. nota dell'ATO in atti).

Il contributo ATO fa parte dell'attivo concordatario, in quanto parte dei risparmi di spesa per € 1.200.000,00 è stato destinato legittimamente alla copertura dei nuovi investimenti, come da documentazione allegata.

Nell'accordo quadro tra ATO ed Aca si legge a pagina 5 che “Alla data del 18.12.2013 risultava dalle scritture contabili dell'ATO dovuto da ACA verso ATO l'importo di euro 3.518.000,00, di cui euro 2.288.000,00 per spese e funzionamento ATO ed 1.230.000,00 per rimborsi mutui APQ, mentre dalla contabilità Aca risultava, alla stessa data, un debito verso ATO per le medesime causali di euro 4.286.661,95. ATO e ACA stabiliscono che la differenza pari ad € 768.661,95 rimarrà nella disponibilità di ACA spa e dovrà da questa essere destinata a quote degli investimenti necessari per il servizio idrico integrato”.

Nel provvedimento del Tribunale in data 25-9-2014 si prevede che la somma di € 768.661,95 verrà destinata al progetto DK 15, finalizzato al disinquinamento del fiume Pescara, mentre la somma di € 1.518.000,00 verrà destinata ad investimenti finalizzati alla riacquisizione del contratto del depuratore di Pescara previa risoluzione della controversia in atto con l'ATI Biofert Di Vincenzo.

Inoltre, a pagina 10 dell'accordo quadro si aggiunge che “per l'anno 2014 l'ammontare della quota-canone SII relativa a mutui infrastrutturali assunti dai Comuni è pari ...ad € 5.015.799,99, che saranno liquidati da ACA nel corso del 2015



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

in favore di ATO nella misura di € 4.229.057,00 per i soli Comuni gestiti da ACA...*mentre la quota residua verrà utilizzata da ACA nel rispetto dei criteri di determinazione della tariffa per gli investimenti già programmato nel Piano d'Ambito*".

Nè la reclamante ha allegato l'illegittimità della transazione stipulata tra l'ATO e l'ACA spa in concordato preventivo con l'autorizzazione del Tribunale in data 4-11-2014.

Fra l'altro, il commissario giudiziale, nel suo parere ex art. 180 l.f., ha rilevato che l'attivo concordatario costituito dal saldo dei rapporti bancari al 31-12-2015 è di € 31.182.627, quindi una somma superiore all'ammontare dei crediti privilegiati (€ 20 milioni) e coincidente con i flussi finanziari generati dalla gestione e previsti nel piano industriale.

Pertanto, non vi è in alcun modo una manifesta inattitudine del piano a raggiungere i risultati promessi.

Per il resto le contestazioni della reclamante attengono a profili di fattibilità economica, intesa come plausibilità del piano a conseguire i risultati prospettati, che è ad appannaggio esclusivo dei creditori, salvi appunto i casi di manifesta inidoneità del piano a raggiungere la causa in concreto.

35. Con il terzo motivo di impugnazione la reclamante si duole delle informazioni inventariate fornite dall'ACA ai creditori, in quanto la nuova tariffa, in realtà, consentiva di introitare circa 16.000.000 di ricavi in più rispetto a quanto previsto nella proposta e nel piano di concordato.

Tale motivo è infondato.

Per la Suprema Corte il corretto apporto informativo deve essere valutato dal Tribunale (Cass.Civ., Sez.Un., 1521 del 2013).

Si è affermato che, in tema di concordato preventivo, la fattibilità del piano è un presupposto di ammissibilità della proposta sul quale, pertanto, il giudice deve pronunciarsi esercitando un sindacato che consiste nella verifica diretta del presupposto stesso, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista.



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

Tuttavia, mentre il sindacato del giudice sulla *fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili*, non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo, può essere svolto solo nei limiti nella verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole, *fermo, ovviamente, il controllo della completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori, con la proposta di concordato e i documenti allegati, ai fini della consapevole espressione del loro voto* - nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto sia l'incapacità della proponente di formalizzare l'acquisto, promessole da terzi, degli immobili su cui si basava il piano concordatario e dei quali assumeva di aver già pagato il prezzo, sia la verosimile mancata formalizzazione delle garanzie promesse da terzi, sia l'inattendibilità della valutazione dei menzionati immobili, collocati in zona agricola - (Cass.Civ., 23 maggio 2014, n. 11497).

Invero, dai documenti in atti emerge che i maggiori ricavati preventivati dalla applicazione della nuova tariffa erano, in realtà, compensati con i nuovi costi ed i nuovi investimenti previsti nel corso degli anni (cfr. nota dell'Ente d'Ambito Pescarese in data 17-6-2015 “nella voce “contributi in conto capitale sugli investimenti realizzati” ACA conferma che gli stessi sono determinati sulla base delle previsioni formulate dall'ATO...*dette modifiche, seppur prevedono investimenti nella media maggiori a quelli inseriti nel P.I. di ACA non incidono significativamente se comunque il soggetto gestore rispetta quelli definiti nell'All. 6 del Piano Industriale*”). Anche i costi notevolissimi sono indicati nella medesima nota dell'ATO (“rispetto al Piano Industriale di ACA spa non è possibile procedere ad una corretta sincronizzazione e sovrapposizione delle voci previste nel Piano Economico Finanziario approvato dall'ATO”).



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

Tanto è vero che la percentuale di pagamento dei creditori chirografari si è attestata sempre intorno al 60 %.

Il Commissario Giudiziale non ha mai fatto menzione, dunque, della possibilità per i creditori chirografari di ottenere un soddisfacimento superiore e pari al 77 %, come deduce la reclamante a pagina 24 dell'impugnazione, anche tenendosi conto dell'applicazione del "coefficiente di morosità".

L'art. 147 del d.lgs. 3.4.2006 n. 152 (Organizzazione territoriale del servizio idrico integrato) prevede che "I servizi idrici sono organizzati sulla base degli *ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni* in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36. Le regioni che non hanno individuato gli enti di governo dell'ambito provvedono, con delibera, entro il termine perentorio del 31 dicembre 2014. Decorso inutilmente tale termine si applica l'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131. *Gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale partecipano obbligatoriamente all'ente di governo dell'ambito, individuato dalla competente regione per ciascun ambito territoriale ottimale*, al quale e' trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'articolo 143, comma 1".

L'art. 149 prevede che il *piano economico finanziario*, che fa parte integrante del piano d'ambito predisposto dall'ente di governo dell'ambito "prevede, con cadenza annuale, *l'andamento dei costi di gestione e di investimento* al netto di eventuali finanziamenti pubblici a fondo perduto. Esso è integrato dalla previsione annuale dei proventi da tariffa, estesa a tutto il periodo di affidamento. Il piano, così come redatto, dovrà garantire il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario".

L'art. 154 (*tariffa* del servizio idrico integrato) dispone che "La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, *delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere*, [dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito] e *dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'ente di governo dell'ambito*, in modo che



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

sia assicurata la *copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio* secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga". Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo".

L'art. 154 è richiamato espressamente nell'art. 24 della Convenzione tipo per l'affidamento del servizio idrico integrato nella Regione Abruzzo (tariffa del servizio).

Al comma 7 si stabilisce che "*L'eventuale modulazione della tariffa tra i comuni tiene conto degli investimenti pro capite per residente* effettuati dai comuni medesimi che risultino utili ai fini dell'organizzazione del servizio idrico integrato".

Insomma, i costi ed i finanziamenti devono essere necessariamente valutati per comprendere l'eventuale utile dell'attività, confrontando i dati relativi con i ricavi.

36. I recentissimi mutamenti legislativi intervenuti impongono la compensazione integrale tra le parti delle spese del giudizio.

37. Poichè il gravame è stato proposto in epoca successiva al 31-1-2013, si applica (Cass. 26566/2013) l'art. 1 comma 17 della legge 228/2012 che ha modificato l'art. 13 del dpr n. 111/2012 mediante l'inserimento del comma 1 quater, a mente del quale, *se l'impugnazione principale o incidentale è respinta integralmente, o è dichiarata inammissibile o improcedibile*, la parte che l'ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione a norma del comma 1 bis.

P.Q.M.

La Corte di Appello di L'Aquila pronunciando sui reclami proposti dalla Business Partner Italia e dalle società Facciolini srl, F & I Lavori Soc. Coop., Ilesi srl, Di Giuseppe Costruzioni srl, CS Costruzioni srl, Cogema srl, Granchelli Appalti srl, Ridolfi Idio & Figli srl, Caccavale srl, Technosoil srl, Elettromeccanica Futura srl, Edil Fino 2003 srl, nei confronti della ACA spa e del Concordato Preventivo ACA spa in house providing, avverso il decreto di omologazione del concordato preventivo Aca spa emesso dal Tribunale di Pescara in data 9-5-2016, così provvede:

1. Rigetta entrambi i reclami.



Sentenza n. 26/2016 pubbl. il 03/11/2016
RG n. 176/2016

2. Compensa interamente tra le parti le spese del giudizio

3. Dichiara che i reclamanti sono tenuti al pagamento di un ulteriore importo, a titolo di contributo unificato in misura pari a quello già dovuto per l'impugnazione

Così deciso in L'Aquila, nella Camera di Consiglio del 26 ottobre 2016

Il Consigliere est.

Luigi D'Orazio

Il Presidente
Giuseppe Iannaccone

