



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4334 del 2017,
proposto da:

Provincia di Benevento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Felice Laudadio, con domicilio eletto
presso il suo studio in Roma, via G.G. Belli, n. 39;

contro

Alfredo Cataudo, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Abbamonte,
Michele Truppi, Vincenzo Vallefucio e Maria Teresa Vallefucio, con
domicilio eletto presso lo studio Andrea Abbamonte in Roma, via degli
Avignonesi, n. 5;

per la riforma della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, sez. V n.

1836/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Alfredo Cataudo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2018 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Laudadio Felice e Massimo Falco su dichiarata delega di Abbamonte Andrea;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il dott. Alfredo Cataudo impugnava, con ricorso notificato il 1° agosto 2016, il provvedimento di dichiarazione di decadenza dall'incarico di Presidente del consiglio di amministrazione dell'Agenzia Sannita per l'Energia e l'Ambiente (ASEA), nonché dalla carica di Direttore facente funzioni della medesima Agenzia, emesso in data 19 luglio 2016 dal Segretario generale della Provincia di Benevento, nella qualità di Responsabile della Trasparenza e dell'Anticorruzione.

1.1. Con primi motivi aggiunti, depositati il 16 settembre 2016, impugnava l'avviso pubblico prot. n. 0057759 D del 27 luglio 2016 per la nomina del Presidente del CdA dell'ASEA.

1.2. Con secondi motivi aggiunti, depositati il 18 settembre 2016, impugnava il decreto n. 25 del 4 agosto 2016, con cui il Presidente della Provincia di Benevento aveva nominato il dott. Carlo Petriella nuovo Presidente di ASEA.

1.3. Con terzi motivi aggiunti, depositati il 23 gennaio 2017, impugnava il decreto n. 1 dell'11 gennaio 2017, con cui il Presidente della Provincia di Benevento aveva dichiarato nuovamente decaduto dalla carica il dott. Cataudo a far data dal 6 marzo 2016.

1.4. Il ricorrente chiedeva l'annullamento degli atti impugnati, nonché il risarcimento del danno ingiusto, in forma specifica ovvero per equivalente, in relazione ai seguenti fatti: egli era stato nominato Presidente del consiglio di amministrazione dell'Agenzia Sannita per l'Energia e l'Ambiente S.P.A. con decreto del presidente della Provincia di Benevento in data 6 marzo 2013, dopo essersi dimesso in pari data dalla carica di consigliere provinciale; successivamente, con deliberazione del Commissario straordinario (con i

poteri del Consiglio provinciale) n. 17 del 30 giugno 2014, si era stabilito di trasformare ASEA S.P.A. in Azienda Speciale “Agenzia Sannita Energia e Ambiente” (trasformazione, poi formalizzata, con atto per notaio Ambrogio Romano di Benevento del 29 luglio 2014, rep. n. 43407); con la stessa deliberazione egli era stato confermato nell’incarico di Presidente del consiglio di amministrazione dell’Azienda speciale; successivamente, con l’impugnato provvedimento del 19 luglio 2016, era stato dichiarato decaduto dalla carica, nel presupposto che operasse la causa di incompatibilità di cui all’art. 7, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 39 dell’8 aprile 2013, entrato in vigore il 4 maggio 2013, per il mancato decorso di due anni dalla cessazione della carica di consigliere provinciale; nelle more del giudizio, con il citato decreto n. 1 dell’11 gennaio 2017, era stato dichiarato ulteriormente decaduto dalla carica sulla base della diversa motivazione della sopravvenuta scadenza dell’incarico.

1.5. L’Amministrazione provinciale resisteva in giudizio.

1.6. Con ordinanza n.1537/16 l’adito tribunale accoglieva l’istanza cautelare e sospendeva l’esecuzione dei provvedimenti impugnati; l’appello cautelare della Provincia era respinto con ordinanza della Sezione n. 5366/16 del 2 dicembre 2016.

2. Con la sentenza indicata in epigrafe – respinta in via preliminare l’eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla Provincia – il Tar ha accolto la domanda impugnatoria proposta con l’atto introduttivo e coi tre ricorsi per motivi aggiunti e, per l’effetto, ha annullato l’atto emesso in data 19 luglio 2016 dal Segretario generale della Provincia di Benevento, l’avviso pubblico del 27 luglio 2016 della stessa amministrazione ed i decreti presidenziali n. 25 del 4 agosto 2016 e n. 1 dell’11 gennaio 2017; ha respinto la domanda di risarcimento del danno; ha condannato la Provincia di Benevento a rimborsare alla parte ricorrente le spese di giudizio.

3. Per la riforma di questa sentenza la Provincia di Benevento ha avanzato appello sulla base di nove motivi.

Il dott. Alfredo Cataudo ha resistito al gravame.

Le parti hanno depositato memorie sia in vista della camera di consiglio del 21 settembre 2017 (all'esito della quale è stata accolta la domanda cautelare proposta dalla Provincia di Benevento ai sensi dell'art. 98 cod. proc. amm.), sia in vista della pubblica udienza fissata per il 12 aprile 2018, all'esito della quale la causa è stata trattenuta la decisione.

4. Col primo motivo di appello (*Error in iudicando in relazione al difetto di giurisdizione – violazione ed erronea applicazione art. 7, c. 1 e 4, del cpa*) è riproposta l'eccezione di difetto di giurisdizione, sostenendosi la natura di diritto soggettivo del ricorrente dott. Cataudo alla conservazione del rapporto di servizio onorario con la p.a..

4.1. Il motivo è infondato.

La controversia ricade nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 7, comma 1 e 4, cod. proc. amm., poiché attiene ad atti di decadenza dall'incarico di Presidente del consiglio di amministrazione di un'azienda speciale disciplinata dall'art. 114 TUEL (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), che, così come gli atti di designazione, costituiscono espressione di poteri pubblicistici riguardanti la copertura di un ufficio pubblico, rispetto ai quali la correlata posizione del privato è di interesse legittimo.

In proposito, anche per quanto attiene alla distinzione da farsi rispetto alle controversie concernenti la nomina e la revoca di amministratori di società partecipate da enti pubblici (devolute alla giurisdizione ordinaria: cfr. Cass. S.U., ord. 23 gennaio 2015, n. 1237; id., 3 ottobre 2016, n. 19676; id., 1 dicembre 2016, n. 24591; id., 14 settembre 2017, n. 21299), è sufficiente fare integrale rinvio alla sentenza di questa Sezione V, 22 settembre 2017, n. 4435, richiamata nell'ultima memoria depositata dall'appellato.

Va perciò ribadito che, essendo l'azienda speciale “*strettamente compenetrata all'ente locale*” e trattandosi pur sempre di una struttura inquadrata nella “*più ampia organizzazione pubblicistica dell'ente pubblico*”, quest'ultimo esercita poteri di

direzione e controllo, attraverso “*strumenti tipici del diritto amministrativo*” (come si legge nella motivazione del citato precedente) anche nei confronti degli organi dell’azienda. L’art. 114, comma 3, TUEL, individua tali organi (consiglio di amministrazione, presidente e direttore) e rinvia allo statuto dell’ente locale quanto alla disciplina delle modalità di nomina e di revoca degli amministratori.

Appartiene perciò al giudice amministrativo la giurisdizione sulle controversie concernenti tali atti amministrativi di nomina e di revoca.

5. I motivi dal secondo al sesto si riferiscono all’annullamento del primo atto gravato, adottato in data 19 luglio 2016 dal Segretario Generale della Provincia di Benevento, di dichiarazione di decadenza del dott. Alfredo Cataudo dall’incarico di Presidente del CdA e di Direttore facente funzioni dell’Agenzia Sannita per l’Energia e l’Ambiente (ASEA).

In proposito la sentenza impugnata afferma che:

- la fattispecie non può farsi rientrare, sotto il profilo temporale, nella portata applicativa degli artt. 7 e 15 del d.lgs. n. 39 del 2013, in quanto la deliberazione n. 17 del 30 giugno 2014 (con la quale, nel disporsi la trasformazione di ASEA da S.P.A. in azienda speciale, è stata anche statuita la conferma del ricorrente nell’incarico di Presidente del CdA, ricoperto nell’azienda speciale in forza dell’originario decreto del Presidente della Provincia di Benevento del 6 marzo 2013), non si configura come nuovo incarico, ricadendo piuttosto nell’istituto della conferma della nomina in precedenza attribuita;

- questa conclusione discende, in primo luogo, dalla trasformazione della società per azioni (ASEA S.P.A., totalmente partecipata dalla Provincia di Benevento) in azienda speciale (cioè in ente pubblico economico strumentale dell’ente territoriale) ai sensi dell’art. 114 d.lgs. n. 267 del 2000, alla stregua di una vicenda che si connota per una c.d. ri-pubblicizzazione dell’organismo deputato alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, riconducibile ad una trasformazione eterogenea regressiva che non dà luogo

ad una vicenda estintiva-costitutiva, bensì al mutamento della forma organizzativa dello stesso soggetto imprenditoriale;

- vi è pertanto sostanziale continuità tra il ruolo e le funzioni svolte dal dott. Cataudo – prima come Presidente del CdA della società per azioni e poi come Presidente del CdA dell'omonima azienda speciale facente capo allo stesso ente locale - e quindi la fattispecie è esclusa dalla portata degli artt. 7 e 15 del d.lgs. n. 39 del 2013, norme non in vigore quando il dott. Cataudo venne nominato Presidente dell'ASEA con l'originario decreto del 6 marzo 2013;

- la conclusione trova conferma nell'art. 29 *ter* del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 98, il quale prevede che gli incarichi conferiti prima della data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 39 del 2013, in conformità alla normativa vigente prima della stessa data, non hanno effetto come causa di incompatibilità fino alla scadenza degli stessi;

- per le stesse ragioni è inapplicabile anche l'art. 20 del d.lgs. n. 39 del 2013, riguardante la dichiarazione sulla insussistenza di cause di inconferibilità o incompatibilità; peraltro, tale dichiarazione era stata resa dal ricorrente, in riferimento alla previgente normativa, al momento dell'accettazione dell'incarico, come da verbale di assemblea del 15 marzo 2013; in ogni caso, la fattispecie dell'omessa dichiarazione non sarebbe sanzionabile come la fattispecie della dichiarazione mendace, essendo soltanto quest'ultima espressamente prevista dal comma 5 del citato art. 20 quale causa di inconferibilità per un periodo di cinque anni (potendo invece l'omissione essere "sanata" attraverso la dichiarazione resa in un momento successivo, come da delibera ANAC n. 1198 del 23 novembre 2016);

- l'assunzione in via temporanea degli ulteriori compiti di Direttore di ASEA, in assenza dell'espletamento della selezione pubblica prevista dall'art. 14 dello statuto dell'Azienda, senza peraltro il riconoscimento del relativo compenso, non è illegittima, perché congruamente motivata e "*pienamente giustificata dalla fase transitoria del passaggio al nuovo modello organizzativo e dalla connessa esigenza di evitare vuoti decisionali [...]*", oltre che consentita dall'ultimo comma dell'art. 15

dello statuto; in ogni caso, la determinazione decadenziale *in parte qua* è sviata ed affetta da incompetenza, poiché non riconducibile al disposto dell'art. 15 del d.lgs. n. 39 del 2013.

5.1. Il ricorso introduttivo è stato quindi accolto, reputandosi fondata la censura di erronea applicazione degli artt. 7 e 15 del d.lgs. n. 39 del 2013 e di difetto dei presupposti per la dichiarazione di decadenza del ricorrente, con assorbimento degli ulteriori profili di doglianza non scrutinati.

6. Tale conclusione è impugnata con i motivi di seguito esposti, che, riferendosi all'annullamento dello stesso provvedimento ed essendo tra loro logicamente connessi, possono essere trattati congiuntamente.

6.1. Col secondo motivo di gravame (*error in indicando in relazione all'art. 7 e 15 comma 2 del d.lgs. 39 del 2013 e dell'art. 6 dello statuto dell'ASEA*), si contesta l'affermazione che il provvedimento n. 17 del 30 giugno 2014 sarebbe di mera conferma del precedente incarico; si assume che invece si sarebbe trattato di un nuovo incarico, sia perché l'incarico originario sarebbe venuto a scadere il 15 marzo 2016 ed invece con la deliberazione commissariale n. 17 del 30 giugno 2014 è stata prolungata la scadenza del consiglio di amministrazione di due anni fissandola al 15 marzo 2018 (erroneamente riconducendosi la durata quinquennale dell'incarico all'art. 7 dello statuto, vigente alla data del 30 giugno 2014, quindi ad una data sopravvenuta alla nomina che si vorrebbe confermata), sia perché l'atto del 30 giugno 2014 avrebbe avuto portata novativa (in riferimento al *munus* di Presidente dell'Azienda speciale, nonché alla protrazione della durata dell'incarico ed al corrispettivo spettante al presidente dell'Azienda speciale -rimborso spese e gettone di 30 euro a seduta se previsto dallo statuto- rispetto al trattamento retributivo del presidente della s.p.a. -indennità di carica); si aggiunge che la ritenuta applicabilità dell'art. 7 dello statuto, e quindi la proroga dell'incarico per altri due anni, sarebbe in contrasto con l'art. 6 dello stesso statuto che vieta l'assunzione della carica di consigliere di amministrazione, tra l'altro, a "*coloro che si trovano in una delle ipotesi contemplate dal d.lgs. 39 dell'8 aprile 2013, in materia di inconferibilità ed*

incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso enti privati di controllo pubblico”.

6.2. Col terzo motivo (*error in iudicando in relazione all’art. 114 del TUEL e del d.lgs. 17.1.2003 n. 6 e 2500 septies c.c., riferito agli art.7 e 15 del d.lgs. 39 del 2013*) si sostiene che sarebbe errata l’affermazione della trasformazione eterogenea progressiva e del mutamento della forma organizzativa dello stesso soggetto imprenditoriale per il caso di trasformazione di una s.p.a. partecipata in un’azienda speciale, che invece darebbe luogo alla costituzione di un nuovo soggetto, qualificato ente pubblico economico, ai sensi dell’art. 114 TUEL; si osserva che si sarebbe in presenza di esercizio di potere organizzatorio di natura pubblicistica, estraneo alle gestioni negoziali *iure privatorum* delle forme societarie, con conseguente inapplicabilità del principio di continuità dei rapporti giuridici di cui all’art. 2498 cod. civ.; si aggiunge che questo riguarda in via esclusiva l’attività negoziale e sarebbe inapplicabile alla normativa regolante il procedimento di nomina e la definizione dei requisiti per la nomina ad amministratore. L’appellante si intrattiene quindi sulla scelta di trasformare ASEA S.P.A. in azienda speciale e sulla portata dell’atto del 17 giugno 2014 anche quale atto costitutivo del *munus* di Presidente del consiglio di amministrazione dell’azienda speciale, al quale sarebbero estranei i tratti dell’atto meramente confermativo, come delineati dalla giurisprudenza amministrativa.

6.3. Col quarto motivo (*error in iudicando – violazione dell’art. 29 ter del d.l. 21.6.2013 n. 69 conv. in l. 9.8.2013 n. 98*), si sostiene, dalla natura asseritamente novativa del provvedimento n. 17 del 30 giugno 2014, che non si sarebbe trattato di incarico conferito prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 39 del 2013 (fattispecie che consentirebbe l’applicazione dell’art. 29 ter indicato in rubrica), ma di incarico conferito successivamente all’entrata in vigore della nuova normativa.

6.4. Col quinto motivo (*error in iudicando – violazione artt. 7, 15 e 20 del d.lgs. n. 39 del 2013*), si sostiene che, applicandosi *in toto* la disciplina sopravvenuta, il

dott. Cataudo avrebbe dovuto rendere la dichiarazione di inconferibilità/incompatibilità prevista dall'art. 20 del d.lgs. n. 39 del 2013.

6.5. Col sesto motivo (*error in iudicando – violazione degli artt. 7, 15 e 20 d.lgs. n. 39 del 2013*) si censura la decisione di primo grado nella parte in cui ha annullato la nomina di Direttore facente funzioni, deducendosi che anche per quest'ultimo, in quanto incarico apicale, troverebbe applicazione l'art. 7 del d.lgs. n. 39 del 2013 e questo radicherebbe anche la competenza del RPC della Provincia per l'adozione degli atti diretti a garantire detta applicazione.

7. I motivi non meritano favorevole apprezzamento.

Va premesso che: la nomina del dott. Alfredo Cataudo a Presidente di ASEA S.P.A. è stata effettuata dal Presidente della Provincia di Benevento in data 6 marzo 2013, dopo le dimissioni dell'interessato dalla carica di consigliere provinciale; di tanto aveva preso atto l'assemblea di ASEA S.P.A. in data 15 marzo 2013; successivamente era approvato il decreto legislativo n. 39 dell'8 aprile 2013 avente ad oggetto: "*Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico a norma dell'art. 1, comma 49 e 50, della legge 6 novembre 2012 n. 190*"; per quanto qui interessa, il comma 2 dell'art. 7 ha stabilito l'inconferibilità degli incarichi di amministratore di ente pubblico di livello provinciale o comunale a coloro che nei due anni precedenti fossero stati componenti della giunta o del consiglio della provincia; secondo i principi generali dell'ordinamento, tale causa di incompatibilità/inconferibilità degli incarichi, introdotta per la prima volta dal d.lgs. n. 39 del 2013, non si sarebbe potuta applicare con effetti retroattivi alle nomine avvenute prima dell'entrata in vigore della norma; conferma dell'irretroattività del nuovo impianto normativo si rinviene nella disposizione transitoria cui all'art. 29 *ter* D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni nella legge n. 98 del 2013, a tenore del quale: "*In sede di prima applicazione, con riguardo ai casi previsti dalle disposizioni di cui ai capi V e VI del decreto legislativo 8 aprile 2013 n. 39, gli incarichi conferiti e i contratti stipulati prima della entrata in vigore del medesimo decreto legislativo*

in conformità alla normativa vigente prima della stessa data, non hanno effetto come causa di incompatibilità fino alla scadenza già stabilita per i medesimi incarichi e contratti”.

7.1. Essendo incontestati tali elementi, di fatto e normativi, decisivo risulta, ai fini della corretta delibazione dei motivi di gravame, il contenuto della deliberazione n. 17 del 30 giugno 2014, a firma del Commissario Straordinario in carica, col quale la Provincia di Benevento – socio unico di ASEA S.P.A. ha deliberato di *“procedere alla trasformazione della società per azioni a totale partecipazione pubblica denominata <<Agenzia Sannita per l’Energia e l’Ambiente>> nell’azienda speciale <<Agenzia Sannita Energia e Ambiente>>, in sigla ASEA, ai sensi dell’art. 114 del testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali”.*

Con tale atto l’amministrazione provinciale, oltre alla detta trasformazione, deliberava, per quanto qui rileva:

- di approvare, conseguentemente alla deliberata trasformazione, lo statuto dell’Azienda speciale ASEA, con sede legale in Benevento, come deliberato dal CdA della Società medesima il 17 giugno 2014;
- di lasciare inalterato il Consiglio di amministrazione vigente e, quindi, di confermarne i poteri e la composizione, fissandone la data di scadenza al 15 marzo 2018, in ossequio all’art. 7 dell’approvando nuovo statuto;
- di dichiarare la cessazione degli attuali organi di controllo [...];
- [...];
- di delegare al Consiglio di amministrazione della trasformata azienda speciale l’espletamento di tutte le procedure di selezione pubblica preordinate alla istituzione della figura del Direttore dell’azienda speciale medesima [...].

7.3. La trasformazione è stata formalizzata con atto per notaio Ambrogio Romano di Benevento del 29 luglio 2014 rep. n. 43407 (all. 4 al ricorso in primo grado) consistente nel verbale dell’assemblea straordinaria della società per azioni ASEA, regolarmente convocata e riunita con la presenza dell’unico socio, Provincia di Benevento, dei componenti del Consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, per deliberare appunto, ai sensi

dell'art. 2500 *septies* cod. civ., la trasformazione eterogenea della società in azienda speciale, ente pubblico economico, ai sensi dell'art. 114 TUEL, previo il compimento degli adempimenti di cui agli artt. 2500 *sexies* e 2500 *septies* cod. civ., dei quali è dato atto in verbale, e voto favorevole e consenso all'assunzione di responsabilità illimitata da parte dell'unico socio. La delibera di trasformazione per atto notarile contiene la <<conferma>>, tra l'altro, di <<composizione soggettiva e ... vigenti poteri dell'organo di amministrazione incaricato (la connotazione e le prerogative del quale residuano inalterate all'esito della deliberata trasformazione), fissandone la scadenza in coerenza con le disposizioni convenzionali di cui all'art. 17 (rectius, 7) dell'approvando statuto finalizzato a disciplinare meccanismi di funzionamento della trasformata azienda speciale, alla data del 15 marzo 2018>>.

8. Per come è dato evincere dalla deliberazione del Commissario Straordinario, agente con i poteri del Consiglio provinciale, e dalla deliberazione di trasformazione adottata dall'assemblea straordinaria della società per azioni ASEA, l'ente territoriale ha inteso porre in essere un'operazione societaria straordinaria, al fine di istituire l'azienda speciale ai sensi dell'art. 114 TUEL. In luogo di procedere con lo scioglimento e la liquidazione della società per azioni (totalmente partecipata dalla Provincia di Benevento, operante *in house providing* per la gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica), ai sensi degli artt. 2484 e seg. cod. civ. e, successivamente, istituire *ex novo* l'azienda speciale, ai sensi dell'art. 114 TUEL, comma 1, mediante conferimento di capitale di dotazione (comma 6) e nomina degli amministratori (comma 3), la Provincia di Benevento ha posto in essere la anzidetta vicenda di trasformazione eterogenea anzidetta, inversa a quella espressamente disciplinata dal legislatore all'art. 115 TUEL (*Trasformazioni delle aziende speciali in società per azioni*), non prevista da questa o da altre norme del TUEL né contemplata nell'art. 2500 *septies* cod. civ. (*Trasformazione eterogenea da società di capitali*).

Come osservato nella sentenza impugnata, il passaggio c.d. regressivo da società di capitali ad azienda speciale è considerato ammissibile, sia per la non

tassatività delle fattispecie elencate nell'art. 2500 *septies* cod. civ. (che, pur controversa in giurisprudenza, è però ritenuta da condivisibile dottrina, se non altro quando entrambi gli enti si connotino per autonomia giuridica e patrimoniale e per regime giuridico, che consenta l'adeguata tutela dei creditori nella fase della trasformazione), sia per la compatibilità con le disposizioni pubblicistiche, che tendono ad uniformare il regime delle società *in house* e delle aziende speciali quanto al rispetto dei vincoli di finanza pubblica e di controllo da parte della p.a. di riferimento (cfr. il parere della Corte dei Conti, sezione centrale autonomie, 21 gennaio 2014, n. 2, al quale si fa integrale rinvio per il completo esame delle problematiche connesse).

8.1. Peraltro, nel presente contenzioso non rileva tanto l'ammissibilità della scelta operata dalla Provincia di Benevento, quanto piuttosto gli effetti che essa ha prodotto sull'assetto organizzativo e gestionale dell'Azienda speciale, così come lo stesso ente ha inteso delinearla nella deliberazione n. 17 del 30 giugno 2014.

Invero l'opzione seguita dall'ente territoriale, con tale ultimo atto, è indiscutibilmente nel senso di attuare una trasformazione eterogenea da società di capitali a socio unico ad azienda speciale, cioè ad ente strumentale dell'ente locale, dotato di propria personalità giuridica, di proprio statuto e di patrimonio separato.

Data siffatta opzione, e fermi restando gli atti con i quali la Provincia di Benevento l'ha realizzata, non vi sono ragioni, giuridiche e di fatto, per delineare la vicenda in termini dissimili dalle ipotesi di trasformazione eterogenea espressamente previste, vale a dire come vicenda meramente evolutiva e modificativa del medesimo soggetto, la quale comporta soltanto una variazione di assetto e di struttura organizzativa, senza incidere sui rapporti processuali e sostanziali facenti capo all'originaria organizzazione societaria (cfr., tra le altre, Cass. sez. I, 14 dicembre 2006, n. 26826; id. V, 23 aprile 2007, n. 9569; id., III, 20 giugno 2011, n.13467; id. I, 19 maggio 2016,

n. 10332; sez. VI, ord., 9 ottobre 2017, n. 23575; nonché Cass. S.U., 31 ottobre 2007, n. 23019).

L'azienda speciale non è un soggetto giuridico istituito *ex novo* a seguito di una duplice vicenda estintiva – costitutiva, oggettivamente mancata, bensì un diverso modello organizzativo del soggetto imprenditoriale che faceva e continua a fare capo all'ente pubblico territoriale per la gestione dei pubblici servizi locali.

8.2. Malgrado siffatto approdo interpretativo, non è però del tutto priva di fondamento la censura della Provincia appellante laddove assume che il principio di “*continuità dei rapporti giuridici*” di cui all'art. 2498 cod. civ. (*Con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione*) sarebbe comunque inapplicabile relativamente al procedimento di nomina ed alla definizione dei requisiti per la nomina ad amministratore dell'ente risultante dalla trasformazione.

Il principio, infatti, è certamente operante nei rapporti intrattenuti con i terzi dall'ente trasformato che continuano in capo all'ente risultante dalla trasformazione, in quanto esso è espressione della continuità aziendale che si realizza tra i due organismi coinvolti nella trasformazione.

Tuttavia, l'automatica operatività del principio non è altrettanto incontestabile in riferimento al rapporto intrattenuto dagli enti con gli organi sociali, connotato dall'immedesimazione organica tra persona fisica ed ente. Pur non essendo questa la sede per delibare la controversa natura del rapporto che lega gli amministratori alle società di capitali (cfr., da ultimo, Cass. S.U., 20 gennaio 2017, n. 1545), va però detto che di regola la trasformazione societaria comporta il mutamento della struttura di governo societario e quindi dei soggetti in essa designati.

Secondo un condivisibile indirizzo interpretativo, uno degli effetti indiretti ed immediati che si realizzano una volta che la trasformazione - in particolare quella eterogenea c.d. regressiva - sia divenuta efficace è la cessazione degli

organi della società, specificamente nel caso in cui la loro presenza sia incompatibile col tipo di ente risultante dalla trasformazione.

8.3. Nel caso di specie, tuttavia, non solo non si ravvisa un'incompatibilità assoluta tra organi della s.p.a. unipersonale ed organi dell'azienda speciale dell'ente locale socio unico della s.p.a., ma soprattutto la sorte degli organi sociali dei due organismi è stata espressamente regolata sia nella delibera del Commissario straordinario della Provincia che nella delibera di trasformazione in termini, appunto, di "continuità".

8.3.1. Quanto al primo profilo, vanno ricordati l'art. 114, comma 3, del TUEL, per il quale organi dell'azienda speciale sono, oltre al direttore, il consiglio di amministrazione e il presidente (le cui modalità di nomina e revoca sono stabilite dallo statuto dell'ente locale), nonché l'art. 114, comma 5, per il quale l'ordinamento e il funzionamento delle aziende speciali sono disciplinati dal proprio statuto e dai regolamenti.

Orbene, lo statuto dell'Azienda speciale ASEA si è conformato a tali previsioni di legge, quanto all'individuazione degli organi (art. 5); quanto, poi, alla nomina (art.6), nonché alla cessazione, sostituzione e revoca degli amministratori (art. 7), ne ha attribuito la competenza al Presidente della provincia di Benevento, secondo gli indirizzi del Consiglio provinciale.

Ne risulta un regime analogo, perciò compatibile, con quello dettato per le società partecipate dagli artt. 2449 e 2380 bis e seg. cod. civ.

8.3.2. Quanto al secondo profilo, sia il deliberato del Commissario straordinario della Provincia che l'atto di trasformazione hanno il contenuto testuale sopra trascritto (ai punti 7.2 e 7.3).

Il significato letterale delle espressioni adoperate non consente una lettura alternativa a quella della conferma dei preesistenti amministratori societari quali amministratori dell'azienda speciale risultante dalla trasformazione.

La volontà di conferma non riguarda soltanto il ruolo di Presidente, ma l'intero Consiglio di amministrazione, essendo stata chiaramente manifestata la volontà di garantire continuità alla nomina degli stessi componenti già

effettuata dal medesimo Presidente della provincia di Benevento in data 6 marzo 2013.

La diversa interpretazione suggerita dall'appellante, secondo cui si tratterebbe di un atto a portata novativa del *munus* di Presidente e del relativo *status*, è incompatibile, oltre che con la lettera degli atti di trasformazione, con l'argomentato percorso motivazionale del deliberato amministrativo e della relazione ai sensi dell'art. 2500 *sexies* cod. civ., richiamata nel verbale dell'assemblea di trasformazione.

8.4. In conclusione, per un verso, non si è proceduto alla costituzione di un nuovo soggetto giuridico, ma soltanto alla modificazione della struttura organizzativa della preesistente società per azioni in azienda speciale e, per altro verso, si è espressamente deciso di mantenere quali componenti del consiglio di amministrazione di quest'ultima i medesimi amministratori della società, senza alcuna soluzione di continuità, trattandosi di organi compatibili con l'ordinamento ed il funzionamento dell'azienda speciale e ricoprenti il loro ufficio in forza di provvedimento di nomina facente capo allo stesso organo rappresentativo dell'Amministrazione provinciale.

8.5. Non si può pervenire a diversa conclusione, e ritenere la portata novativa della nomina del dott. Cataudo a Presidente dell'Azienda speciale ASEA, solo perché - come sostiene la Provincia appellante - nel confermare la composizione soggettiva ed i poteri del Consiglio di amministrazione, non ne è stata confermata anche la scadenza originaria (al 15 marzo 2016).

L'innegabile situazione di "continuità" tra il ruolo e le funzioni svolte dal Presidente di ASEA S.P.A. e quelle di Presidente dell'Azienda speciale ASEA, sopra evidenziata, non viene meno per tale sola circostanza di fatto, considerato che il richiamo dell'art. 7 dello statuto è stato fatto soltanto al fine di realizzare, nella sostanza, una proroga biennale (al 15 marzo 2018) del precedente incarico, laddove se si fosse trattato del conferimento di nuovo incarico sarebbe dovuto venire a scadere dopo ulteriori cinque anni (quindi nel 2019). Pertanto, ben può essere posta la questione della legittimità di una

proroga siffatta (sulla quale si tornerà trattando del settimo motivo di appello), ma da essa certamente non può trarsi la smentita della portata meramente confermativa del precedente incarico di Presidente.

8.6. La ricostruzione della vicenda in termini di conferma di incarico preesistente piuttosto che di conferimento di nuovo incarico porta perciò ad escludere il caso di specie dall'applicazione degli artt. 7 e 15 del d.lgs. n. 39 del 2013, come ritenuto anche dall'ANAC col parere prot. n. 36289 del 9 marzo 2017, prodotto in giudizio.

La conclusione è altresì coerente con la *ratio* della specifica causa di inconferibilità di cui al citato art. 7, quale delineata nella delibera della stessa Autorità n. 48 del 27 giugno 2013, sui limiti temporali alla nomina o alla conferma in incarichi amministrativi di vertice e di amministratori di enti pubblici o di enti di diritto privato in controllo pubblico (“[...] evitare che un soggetto usi un proprio potere per ottenere un'altra carica, non ... escludere che un amministratore meritevole possa essere confermato”).

8.7. Tale conclusione consente di confutare l'ulteriore argomento dell'appellante che fa leva sull'art. 6 dello statuto dell'Azienda ASEA. La norma statutaria non risulta violata poiché la situazione di incompatibilità è da essa riferita ad una delle ipotesi di incompatibilità disciplinate dal d.lgs. n. 39 del 2016, qui non ricorrente.

9. Non sussiste nemmeno la violazione, denunciata col quarto motivo, dell'art. 29 *ter* del d.l. n. 69 del 2013, convertito con modificazioni nella legge n. 98 del 2013.

Ai sensi di detta disposizione non costituiva causa di incompatibilità per il dott. Cataudo l'aver rivestito la carica di consigliere provinciale nel periodo biennale precedente la trasformazione (cioè fino al 6 marzo 2013, rispetto al 30 giugno 2014), dal momento che l'incarico di Presidente della società ASEA S.P.A. era stato conferito prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 8 aprile 2013 n. 39 (e precisamente con decreto in data 6 marzo 2013) in

conformità alla normativa allora vigente, e successivamente è stato soltanto confermato.

9.1. L'inapplicabilità degli artt. 7 e 15 del d.lgs. n. 39 del 2013 comporta altresì l'inapplicabilità dell'art. 20 dello stesso decreto concernente l'obbligo di dichiarazione sull'insussistenza delle cause di inconferibilità e incompatibilità.

Pertanto sono irrilevanti le argomentazioni svolte nel quinto motivo a proposito dell'(asserita) equipollenza tra falsità ed omissione della dichiarazione, mentre sono infondate le censure con le quali si torna a sostenere la configurabilità di detto obbligo, giustamente escluso dal Tar.

10. Inammissibile per carenza di interesse è, inoltre, l'assunto dell'appellante - di cui al sesto motivo - secondo il quale anche l'incarico di Direttore dell'Azienda speciale sarebbe soggetto al controllo del RPC dell'ente locale interessato, nel caso di specie del Segretario generale della Provincia di Benevento, ai fini dell'accertamento dei requisiti di conferibilità degli incarichi ex art. 7 del d.lgs. n. 39 del 2013.

Invero, come si legge nella motivazione dell'impugnato provvedimento del 19 luglio 2016, al dott. Cataudo è stata contestata l'assunzione aggiuntiva dei compiti di Direttore facente funzioni dell'Azienda speciale ASEA, perché effettuata in assenza dell'espletamento della selezione ad evidenza pubblica per il conferimento dell'incarico prevista dall'art. 14 dello statuto.

Coerentemente, la sentenza di primo grado ha ritenuto il provvedimento *in parte qua* sviato ed affetto da incompetenza perché la pronuncia di decadenza dall'incarico di Direttore (a differenza di quella dall'incarico di Presidente) non è specificamente basata sulla sussistenza di una causa di inconferibilità ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 39 del 2013, bensì sull'assunzione del medesimo in violazione di norma statutaria che prevedeva la selezione pubblica, e quindi non avrebbe potuto essere adottata dal Segretario generale, competente solo ai sensi dell'art. 15 di tale ultimo d.lgs..

10.1. A ciò si aggiunga che non è affatto censurata la (ulteriore) *ratio decidendi* della sentenza, fondata sull'assunzione soltanto temporanea delle funzioni di

Direttore, senza riconoscimento di compenso, e sull'adeguata motivazione contenuta nei due verbali di conferimento dell'incarico, riguardo alle ragioni di attivazione della facoltà (di avocare occasionalmente a sé taluni compiti propri del Direttore) riconosciuta al Consiglio di amministrazione dall'art. 15, ultimo comma, dello statuto.

In conclusione, vanno respinti i motivi di appello sin qui esaminati concernenti la decisione di annullamento del provvedimento emesso in data 19 luglio 2016 dal Segretario generale della Provincia di Benevento.

11. Il settimo motivo ha ad oggetto il “punto 5” della sentenza, col quale sono state accolte le censure, dedotte col terzo ricorso per motivi aggiunti, avverso l'ulteriore declaratoria di decadenza, adottata con provvedimento del Presidente della Provincia in data 11 gennaio 2017.

11.1. Il provvedimento è basato sul fatto che l'efficacia dell'originario decreto di nomina (del 6 marzo 2013), avente durata triennale (anche in forza di quanto stabilito dall'assemblea della società ASEA del 24 ottobre 2013), sarebbe venuta a cessare alla scadenza naturale del 6 marzo 2016.

11.2. Il Tar ha valorizzato la deliberazione dell'amministrazione provinciale n. 17 del 30 giugno 2014, con la quale “è stato stabilito di lasciare inalterato il consiglio di amministrazione e di confermare i poteri, la composizione e la durata dell'incarico fino al 15 marzo 2018”, nonché l'art. 7 del nuovo statuto dell'Agenzia speciale, che ha “confermato la durata quinquennale della carica” (come detto in sentenza).

12. Secondo la Provincia appellante, con tali affermazioni verrebbe smentito quanto affermato nei precedenti capi della sentenza, riconoscendosi che la delibera n. 17 del 2014 avrebbe avuto portata innovativa del precedente assetto organizzativo ed avrebbe reso applicabile il nuovo statuto in riferimento all'art. 7, venendosi perciò a determinare non una conferma della durata della carica precedente (che sarebbe venuta a scadere nel marzo 2016) ma una proroga da tre a cinque anni.

13. Il motivo è infondato.

La vera *ratio decidendi* dell'annullamento del provvedimento dell'11 gennaio 2017 risiede nel mancato ritiro, per revoca o annullamento, della precedente deliberazione dell'Amministrazione provinciale n. 17 del 30 giugno 2014, della quale si è ampiamente detto (anche quanto al fatto che, oltre a confermare il Consiglio di amministrazione, ne ha determinato l'ulteriore durata in carica).

Ferma restando infatti siffatta deliberazione, in quanto <<*mai revocata o annullata e, dunque, pienamente efficace*>> (così nella sentenza), il Presidente della provincia non avrebbe potuto basare il proprio provvedimento su un deliberato assembleare ad essa precedente, addirittura adottato quando ancora non si era verificata la vicenda di trasformazione societaria, e perciò definitivamente superato dai provvedimenti regolanti tale vicenda.

13.1. Questa conclusione non è affatto in contrasto con quanto ritenuto a proposito della conferma dell'incarico di amministratore e delle conseguenze dell'istituto in termini di inapplicabilità delle cause di inconfiribilità dell'art. 7 del d.lgs. n. 39 del 2013, operanti soltanto per i nuovi incarichi.

Ogni altra deduzione dell'appellante sulla portata asseritamente innovativa della delibera n. 17 del 2014 è confutata dalle argomentazioni di rigetto dei precedenti motivi.

14. Va respinto altresì l'ottavo motivo, riguardante i vizi derivati dell'avviso pubblico del 27 luglio 2016 e del decreto di nomina del nuovo Presidente n. 25 del 4 agosto 2016 (relativi alla procedura di selezione del nuovo Presidente dell'Azienda speciale, a seguito della vacanza determinatasi per la decadenza del dott. Cataudo), dal momento che entrambi sono stati annullati, appunto, per illegittimità derivata da quella del primo provvedimento di decadenza, del 19 luglio 2016.

15. Il nono motivo riguarda la condanna alle spese del giudizio di primo grado, censurata soltanto per l'asserita inapplicabilità del criterio della soccombenza, nel dedotto presupposto della "*evidente erroneità di tutti i capi di sentenza*".

Poiché, invece, la sentenza di primo grado va integralmente confermata, ne risulta la soccombenza integrale della Provincia, ivi resistente, e quindi la corretta applicazione del criterio della soccombenza di cui all'art. 91 cod. proc. civ., richiamato dall'art. 26 cod. proc. amm.

L'appellante, pur indicando in rubrica l'art. 92 cod. proc. civ., non ha svolto alcuna censura concernente la (eventuale) sussistenza dei presupposti per compensare le spese ai sensi di tale norma.

16. In conclusione l'appello va respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del presente grado, considerata la novità delle questioni di diritto trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

