

APPALTI: Società a partecipazione pubblica - Ingresso operatori economici privati - Evidenza pubblica.

Cons. Stato, Sez. V, 1 settembre 2021, n. 6142

- in *Diritto processuale amm.*, 1, 2022, pag. 162 e ss., con commento di Sara Valaguzza, *Un elefante dietro un filo d'erba: il Consiglio di Stato ricorda il perché dell'evidenza pubblica nelle selezioni dei partners delle società pubbliche.*

Quali che siano i passaggi del percorso strategico e industriale ideato per favorire l'aggregazione, l'allargamento della compagine sociale di una società a partecipazione pubblica ad operatori economici di mercato o la creazione di una società nella quale coesistono soci pubblici e privati richiede di attivare un confronto competitivo, nel rispetto degli artt. 10 e 17 del d.l. n. 175/2016, oltre che dei principi pubblicistici applicabili.

FATTO

1.- Ambiente Energia Brianza S.p.a. (AEB) è una società partecipata dal Comune di Seregno e da altri enti locali, a sua volta controllante: a) al 99,936%, di RetePiù S.r.l., attiva nei settori della distribuzione del gas naturale e dell'energia elettrica nonché dell'illuminazione pubblica; b) al 100%, di Gelsia S.r.l., attiva nei settori di fornitura di gas naturale e di energia elettrica, produzione di energia elettrica e termica, teleriscaldamento e gestione calore; c) al 70%, di Gelsia Ambiente S.r.l., attiva nel settore dell'igiene urbana (raccolta e smaltimento rifiuti, pulizia strade).

A2A S.p.a. è una società quotata, con un capitale sociale pari a € 1.629.110.744, diviso in n. 3.132.905.277 azioni, di cui una parte (pari del 50% del capitale sociale più due azioni) detenuta in misura paritaria dal Comune di Milano e dal Comune di Brescia (per un totale di n. 1.566.452.642 azioni) e la parte residua detenuta da azionisti diversi, per il tramite del cosiddetto flottante di borsa. La società è a capo di un gruppo aziendale, denominato Gruppo A2A, operante principalmente nei settori della produzione, vendita e distribuzione di gas naturale e di energia elettrica, del teleriscaldamento, dell'ambiente e del ciclo idrico integrato.

1.2.- Il 17 ottobre 2019 le due società avviavano, previa sottoscrizione di una lettera di intenti, uno studio di fattibilità finalizzato alla individuazione di un percorso di crescita volto a rendere il Gruppo AEB *“un soggetto maggiormente competitivo sui mercati di riferimento, capace di valorizzare al meglio le proprie eccellenze operative e di incrementare il presidio territoriale”*.

Il termine di quarantacinque giorni, inizialmente stabilito dalla lettera di intenti per la conclusione dello studio, veniva poi prorogato, al fine di consentire la prosecuzione del tavolo finalizzato a individuare una proposta non vincolante per una possibile operazione di *partnership* di natura industriale, da sottoporre, poi, ai rispettivi organi decisionali competenti.

In tale prospettiva i documenti di programmazione approntati dal Comune di Seregno – da ultimo con la nota di aggiornamento del documento unico di programmazione (DUP) per i periodi 2020-2023 (“*sezione strategica*”) e 2020-2022 (“*sezione operativa*”), approvata con la deliberazione del Consiglio Comunale n. 15/2020 – avevano delineato una serie di obiettivi delle attività di gestione della partecipazione, finalizzati ad un “*rafforzamento industriale del Gruppo AEB*”, ritenuto dal Comune “*fondamentale per garantire la sua competitività, la sua efficienza e la necessità di accrescere e sviluppare le proprie linee di business [...] all’interno delle seguenti coordinate: 1) garanzia del mantenimento del riferimento territoriale coerente con la storia centenaria del Gruppo; 2) mantenimento dei livelli occupazionali e delle presenze fisiche sul territorio di riferimento; 3) salvaguardia dell’identità di Gruppo con società partecipate a controllo pubblico e conferma che il Comune di Seregno mantenga il proprio ruolo di azionista di riferimento; 4) individuazione di una prospettiva di crescita per linee esterne; 5) opportunità di perfezionamento della gestione del ciclo dei rifiuti, estendendo i servizi della gara a doppio oggetto; 6) coordinamento della scelta di partnership con un piano industriale che sviluppi di obiettivi strategici e operativi*”.

Da qui la evidenziata necessità di intraprendere “*un percorso strategico atto a realizzare un piano industriale di gruppo che consent[isse] al Gruppo stesso di migliorare la propria redditività, aumentare l’offerta di servizi e incrementare il numero dei clienti serviti e, al contempo, di disporre della condizione patrimoniale e finanziaria per affrontare le prossime gare di ambito nel comparto della distribuzione del gas naturale nonché le altre “sfide” industriali.*

1.3.- Il confronto tra le parti si concludeva con la sottoscrizione di un “*Accordo Quadro*”, poi oggetto di due parziali modifiche, mediante il quale le parti definivano i principali aspetti dell’operazione.

Nel dettaglio – al preordinato fine di “*valorizzare le singole società del Gruppo AEB e il loro attuale presidio territoriale*”, di “*incrementare e rafforzare i servizi forniti sul territorio*”, di “*realizzare un percorso di crescita in ogni mercato di interesse del Gruppo AEB e, segnatamente, nell’ambito del settore del gas naturale e dell’energia, del teleriscaldamento, della cogenerazione e dell’illuminazione pubblica*” – le parti contraenti ipotizzavano di dar corso ad un progetto di “*aggregazione societaria*” così strutturato: *a)* acquisizione del 100% di A2A Illuminazione Pubblica S.r.l. (società del Gruppo A2A) da parte di Unareti S.p.a. (altra società appartenente allo stesso Gruppo); *b)* scissione di Unareti S.p.a. in AEB, relativamente al 100% della partecipazione in A2A Illuminazione Pubblica S.r.l., nonché ai punti di riconsegna (PDR) identificati nell’ambito del ramo di distribuzione del gas naturale; *c)* conferimento in RetiPiù S.r.l., da parte di AEB, dei punti

di riconsegna (PDR) identificati nell'ambito dell'attività di distribuzione del gas naturale precedentemente scissi da Unareti; *d*) assegnazione di n. 794.441.950 azioni di “*categoria A*” agli attuali soci della società beneficiaria AEB, con un rapporto di n. 725 nuove azioni per ogni vecchia azione ordinaria posseduta, e di n. 400.513.800 azioni di “*categoria B*” ad A2A, in qualità di socio unico della società scissa Unareti; *e*) raggiungimento dell'assetto finale del Gruppo AEB, con la detenzione, a regime, da parte di AEB, dell'intero capitale sociale di RetiPiù, Gelsia e A2AIP e del 70% di Gelsia Ambiente; *f*) raggiungimento dell'assetto azionario a regime di AEB, con il 36,4717% del capitale al Comune di Seregno, il 33,5170% ad A2A, il 28,9800% agli altri attuali soci pubblici di AEB, l'1,0312% di azioni proprie.

1.4.- Nei riassunti termini il progetto di aggregazione aveva, in definitiva, ad oggetto una vera e propria operazione straordinaria, volta a favorire le prospettive di sviluppo di AEB, mantenendone immutata la vocazione pubblica ed il collegamento con il territorio.

Non si sarebbe, per contro, trattato, in tesi, né di una “*privatizzazione*” (non essendo stata prevista la dismissione di quote azionarie da parte dei soci pubblici di AEB), né di una “*costituzione di una società mista*”, con assegnazione di un servizio pubblico ad un socio operativo (non essendo stata prevista la possibilità che A2A assumesse un ruolo attivo nell'esecuzione dei servizi di cui erano titolari AEB e le altre società del gruppo).

In particolare, i “*pilastri della partnership*” oggetto dell'operazione sarebbero stati, come risultante dalla documentazione a supporto: *a*) il mantenimento dell'identità del Gruppo AEB e del presidio territoriale da parte degli attuali soci pubblici e, in particolare, del Comune di Seregno quale socio di maggioranza relativa; *b*) il mantenimento della maggioranza pubblica del capitale sociale; *c*) un assetto di *governance* che prevedesse un ruolo decisivo dei soci pubblici nelle decisioni strategiche e di particolare impatto sul territorio; *d*) la salvaguardia dell'occupazione e dell'indotto; *e*) l'incremento degli investimenti e dei livelli di servizio nelle attività eseguite dal gruppo nel territorio di riferimento; *f*) il sostegno allo sviluppo nei diversi *business* e alla crescita per aggregazione con imprese contigue nell'ambito regionale o extraregionale.

Particolarmente significativo, ai fini del raggiungimento dei riassunti obiettivi, era il conferimento da parte di A2A degli *asset* che la stessa aveva ritenuto fondamentali per il proprio rafforzamento industriale e, in particolare: *a*) delle attività e degli impianti gestiti da A2A nella distribuzione del gas naturale nei territori limitrofi a quelli di riferimento del Gruppo AEB, ovvero delle proprie reti site nei territori delle province di Milano e di Bergamo negli ambiti territoriali (ATEM) di MI4, BG1, BG2, BG3 e BG5, per un totale di circa 79 mila punti di riconsegna (PDR); *b*) dell'intero

capitale sociale di A2A Illuminazione Pubblica S.p.a., società *leader* nelle attività di illuminazione pubblica con in gestione di circa 232 mila punti luce in tutto il Paese.

Di fatto, grazie alla integrazione di tali *asset* conferiti da A2A, AEB avrebbe potuto programmaticamente disporre di *know-how*, risorse e sistemi più avanzati sul piano tecnologico, nella gestione dei clienti, nella modernizzazione dell'organizzazione e nella crescita manageriale della società, con conseguente beneficio anche per i suoi soci pubblici e per le collettività da loro rappresentate.

Ai fini del conseguimento degli obiettivi sopra elencati, le parti elaboravano altresì un piano industriale, nel quale individuavano, oltre ai fondamentali economico-patrimoniali di sviluppo della *partnership* risultante dalla integrazione societaria, anche le linee guida di investimento (aree, importi, benefici attesi, tempistiche) e interventi da realizzare sui territori di riferimento del Gruppo AEB.

Sotto il profilo del previsto mantenimento della “*vocazione pubblica e territoriale*” di AEB e delle altre società del gruppo, era poi previsto: *a)* che la nomina dell'amministratore di AEB fosse di competenza di A2A, previa consultazione con il Comune di Seregno; *b)* che il consiglio di amministrazione di AEB fosse composto da n. 10 membri, con rappresentanza paritetica da parte di A2A (n. 5 membri) e dei soci pubblici (n. 5 membri, di cui almeno uno in rappresentanza dei Comuni soci diversi dal Comune di Seregno); *c)* che in numerose materie il consiglio di amministrazione dovesse esprimersi a maggioranza qualificata (di otto componenti su dieci); *d)* che il Presidente del consiglio di amministrazione di AEB e delle altre società del Gruppo fosse nominato dal Comune di Seregno, mentre il vice-presidente dagli altri soci pubblici; *e)* che l'istituto del cosiddetto *casting vote* – in base al quale, in caso di parità di voti in seno al consiglio di amministrazione, la delibera dell'organo amministrativo sarebbe stata assunta in conformità del voto espresso dall'amministratore delegato – non avrebbe trovato applicazione nelle materie da gestire a maggioranza qualificata; *f)* che ai soci pubblici competesse la nomina di due membri effettivi su tre del collegio sindacale di AEB e delle altre società del Gruppo; *g)* che gli amministratori nominati dai soci pubblici avrebbero nominato, a loro volta, il presidente dell'organismo di vigilanza di AEB e delle società da essa controllate.

1.5.- L'operazione, così congegnata, veniva approvata con delibera del Consiglio comunale di Seregno n. 17 del 20 aprile 2020, preceduta da ampio dibattito consiliare, previa reiezione: *a)* di due questioni pregiudiziali/sospensive presentate dal Cons. Mariani ai sensi dell'art. 46, co. 1 e dell'art. 12, co. 3 del Regolamento Comunale, che denunciavano il mancato deposito di tutti i documenti – segnatamente della c.d. *due diligence* – asseritamente necessari per l'esame della proposta; *b)* di

otto emendamenti, presentati dal medesimo Cons. Mariani ai sensi dell'art. 45 del Regolamento Comunale, preordinati alla modifica dell'art. 11, commi 2 e 6 dello Statuto, recante disciplina del *“Trasferimento di azioni e del diritto di prelazione”*, dell'art. 17, comma 5 e comma 4 lett. f) dello Statuto, recante disciplina della *“Costituzione e deliberazioni”* dell'Assemblea; dell'art. 20 dello Statuto, recante disciplina della *“Nomina del Consiglio di Amministrazione”*; dell'art. 22 dello Statuto, recante disciplina dei *“Poteri del Consiglio di Amministrazione”*; c) di una risoluzione ai sensi dell'art. 53 del Regolamento Comunale, con cui sempre il Cons. Mariani lamentava profili di illegittimità dell'operazione societaria.

Peraltro, prima di essere sottoposta alla valutazione ed alla approvazione del Consiglio comunale, l'operazione era stata oggetto di un ampio e approfondito esame in numerose sedute della *“Commissione consiliare permanente, partecipate, lavori pubblici e manutenzione ordinaria, trasparenza e semplificazione”*, nel corso delle quali era fornita, anche con l'intervento degli esponenti di AEB, una puntuale informativa.

In particolare: a) nella seduta del 26.11.2019, era stata fornita una informativa sulla ricezione della manifestazione di interesse di A2A; b) nella seduta del 17.12.2019, erano state esaminate le future linee di indirizzo di sviluppo industriale del Gruppo AEB e si era dato conto dell'avvio dello studio di fattibilità congiunto con A2A; c) nella seduta del 31.1.2020 erano state analiticamente esaminate le risultanze dello studio congiunto di fattibilità dell'integrazione societaria tra i due Gruppi, anche con l'illustrazione di *slides* che erano state appositamente preparate e distribuite dal Presidente e dal Direttore Generale di AEB, anch'essi presenti alla seduta; d) nella seduta del 10.4.2020 erano stati ulteriormente approfonditi i principali aspetti dell'operazione, ivi compresi quelli inerenti alla valutazione del rapporto di concambio.

2.- Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Lombardia, le società Idrotech di Corno Irwin Maria ed Eco Term s.r.l.s. impugnavano la ridetta delibera sul complessivo ed argomentato assunto – affidato ad articolato motivo di gravame – che l'operazione societaria avrebbe dato luogo ad una *“cessione di quote di AEB (società pubblica) ad A2A (società quotata) senza aver preventivamente effettuato qualsiasi procedura ad evidenza pubblica fra gli operatori economici del mercato”* ed avrebbe *“autorizzato l'Operazione di cessione di quote della società multiutility pubblica AEB [in via] illegittima perché [avrebbe] approva[to] un percorso giuridico che [avrebbe portato] alla vendita mediante scissione del capitale sociale maggioritario senza il preventivo esperimento di procedura ad evidenza pubblica”*.

Lamentavano, con ciò, violazione dell'art. 113, comma 12 del d.lgs. n. 267/2000, dell'art. 3 del r.d. n. 2440/1923, dell'art. 1, comma, 568 *bis* della legge n. 147/2013, dell'art. 37 del r.d. n. 827/1924,

nonché dell'art. 5, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, in combinato disposto con l'art. 17, comma 1 del d.lgs. n. 175/2016.

Con distinto motivo, lamentavano altresì sviamento di potere, sull'assunto che, con la impugnata delibera, si sarebbe mirato a sottrarre la *newco* A2A Illuminazione Pubblica S.p.a. alla disciplina del d.lgs. 175/2016, del TUEL e del Codice dei Contratti pubblici, *“con la simulazione di una cosiddetta integrazione, che in realtà altro non [sarebbe stata] che la trasformazione di AEB da società pubblica a società privata con successivo passaggio al privato e al controllo di un solo privato (A2A) della gestione dei servizi pubblici affidati senza gara”*.

3.- Nel rituale contraddittorio delle parti, con sentenza n. 414/2021 il TAR adito accoglieva il ricorso.

In particolare, il primo giudice:

a) in rito, riteneva le due imprese ricorrenti legittimate e interessate all'annullamento della delibera, sull'assunto che *“dalle visure camerali prodotte in atti, risulta[va] che la Idrotech di Corno Irwin Maria opera[va] nel ramo della installazione, manutenzione e riparazione degli impianti di produzione, trasformazione e distribuzione dell'energia elettrica e del riscaldamento mentre la Eco Term s.r.l.s. opera[va] nel settore della realizzazione e della progettazione, inclusa la manutenzione e la riparazione di impianti anche di riscaldamento e di climatizzazione, tutti segmenti ricompresi nel servizio della distribuzione del gas naturale, [essendo] questo [...] sufficiente a giustificarne la legittimazione ad agire”*;

c) nel merito, riteneva violati gli artt. 10 e 17 del d.lgs. n. 175/2016, sull'assunto che *“pur non essendosi verificata una cessione di partecipazioni a fronte di una somma di denaro, [era] stato comunque corrisposto dalla A.E.B. s.p.a. alla A2a s.p.a. il corrispettivo per il bene conferito in natura, il quale [aveva] determinato un aumento del capitale sociale, la sua suddivisione in diverse categorie di azioni e la rideterminazione del valore delle stesse in base ad un valore di cambio”*, donde la ritenuta elusione delle regole di evidenza pubblica.

4.- Con distinti atti di appello, tutti notificati nei tempi e nelle forme di rito, avverso la ridetta statuizione insorgevano Ambiente Energia Brianza S.p.a., il Comune di Seregno e A2A S.p.a., lamentandone la complessiva erroneità ed ingiustizia ed auspicandone l'integrale riforma.

Alla pubblica udienza del 1° luglio 2021, le cause – chiamate e trattate congiuntamente, ai fini di una definizione unitaria – venivano riservate per la decisione

DIRITTO

1.- Gli appelli, di cui occorre in via preliminare disporre la riunione in quanto proposti avverso la medesima sentenza (art. 96, comma 1 cod. proc. amm.), sono infondati e vanno respinti.

2.- In via preliminare va dichiarato ammissibile l'intervento *ad opponendum* dispiegato da Brianza Energia Ambiente S.p.A..

Osserva il Collegio che, ai sensi dell'art. 97 cod. proc. amm., l'intervento nel giudizio di impugnazione è riservato a "*chi vi ha interesse*".

La norma va interpretata nel senso che, ai fini della valutazione della legittimazione all'intervento, occorra aversi riguardo alla posizione che avrebbe assunto la parte rispetto alla controversia di primo grado (Cons. Stato, sez. IV, 29 agosto 2019, n. 5985). Invero, l'intervento *ad opponendum* svolto in grado di appello avverso l'impugnazione diretta della sentenza che ha accolto il ricorso di primo grado – la cui finalità è, appunto, quella di contrastare le ragioni della parte ricorrente in appello – va correttamente qualificato come intervento *ad adiuvandum* degli originari ricorrenti, per il quale, come è noto, è richiesta la titolarità di una posizione giuridica dipendente rispetto a quella da questa dedotta in giudizio. Non essendo, dunque, sufficiente a supportare un siffatto intervento in giudizio la semplice titolarità di un interesse di fatto (suscettibile, invece, di fondare il mero intervento *ad opponendum* "proprio", quello cioè svolto a favore dell'Amministrazione resistente *in primo grado*) e laddove gli oppositori non siano titolari di una posizione giuridica in qualche modo dipendente da quella degli appellati è, quindi, da escludersi per essi la possibilità di intervenire in causa in via *litisconsortile*, proponendo una domanda che, di fatto, si configura *come autonoma e parallela* (e non addirittura contrassegnata da un potenziale conflitto con gli originari ricorrenti, a quella proposta da questi ultimi, in quanto volta a tutelare una loro propria posizione giuridica attinta direttamente dai provvedimenti impugnati o da provvedimenti analoghi, che sarebbe stato onere della parte impugnare (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2015, n. 1; Cons. Stato, sez. III, 19 settembre 2018, n. 5459; Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2020, n. 4425; Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2016, n. 5268).

Orbene, contrariamente all'assunto delle parti appellanti, non risulta corretto ritenere che Brianza Energia Ambiente S.p.A. sarebbe stata tenuta ad impugnare direttamente la delibera censurata con il ricorso di primo grado.

Invero, a differenza dei ricorrenti di primo grado – legittimati alla impugnazione in ragione della allegata qualità di "*operatori del settore*", pregiudicati dalla sottrazione all'evidenza pubblica del potenziale accesso concorrenziale ad un settore di mercato – essa (che in nessun caso avrebbe potuto aspirare all'auspicato confronto competitivo) si assume pregiudicata dalla scelta per la contestata operazione societaria, in quanto idonea ad impedire la valutazione di ipotesi di riorganizzazione/aggregazione societaria alternative, da esperirsi anche a seguito di procedura ad

evidenza pubblica che avrebbero consentito una migliore valorizzazione dei rilevanti *asset* pubblici in gioco.

Si tratta, con ciò, di un interesse di mero fatto rispetto ai termini della controversia, che avrebbe, come tale, legittimato l'intervento *ad adiuvandum* in prime cure e giustifica, perciò, l'intervento *ad opponendum* nella fase di appello.

3.- Per analogo ordine di ragioni, non sussistono dubbi in ordine alla ammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* di Gelsia Ambiente S.r.l., del Comune di Bovisio Masciago, del Comune di Limbiate, del Comune di Lissone, del Comune di Seveso, del Comune di Triuggio, del Comune di Varedo, del Comune di Verano Brianza, del Comune di Barlassina, del Comune di Cogliate, nonché di Gestione Servizi Desio S.r.l., in quanto corrispondenti ad un intervento *ad opponendum* in prime cure, ammesso in ragione del mero interesse di fatto alla demolizione del provvedimento impugnato.

4.- Con un primo ordine di motivi le parti appellanti lamentano *error in procedendo e in iudicando*, avuto riguardo alla dedotta inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto proposto in forma collettiva.

4.1.- Il motivo non è fondato.

La giurisprudenza consolidata ammette il ricorso c.d. collettivo, ossia il ricorso presentato contestualmente da più soggetti, subordinandone l'ammissibilità alla ricorrenza della duplice condizione: *a)* della assenza di conflitto, anche solo potenziale, tra le posizioni dei vari ricorrenti; *b)* della omogeneità di tali posizioni, sia in relazione al *petitum* che alla *causa petendi*, sì che le domande proposte siano identiche nell'oggetto, gli atti impugnati abbiano, anche quando semplicemente connessi, lo stesso contenuto e vengano censurati per gli stessi motivi (Cons. Stato, sez. II, 4 maggio 2020, n. 2839; Id., sez. III, 18 settembre 2019, n. 6215; Id., sez. III, 21 aprile 2017, n. 1866).

Il fondamento della regola è da rinvenire nel principio di *economia processuale* (Cons. Stato, sez. III, 16 agosto 2019, n. 5728), che trae alimento dal rilievo che le diverse domande, in quanto indirizzate avverso i medesimi provvedimenti, sono avvinte da uno *stretto nesso* di *connessione oggettiva*, che – legittimando la riunione *a posteriori* (cfr. art. 70 cod. proc. amm.) – giustifica per ciò l'incipitario *cumulo soggettivo*.

Proprio perché si tratta di principio *non assoluto*, esso cede a fronte della *eterogeneità* delle posizioni soggettive, che non consenta una obiettiva e certa perimetrazione del *thema decidendum* e dell'oggetto del giudizio, ovvero prospetti una potenziale situazione di incompatibilità delle formalizzate pretese.

Nel caso di specie, correttamente il primo giudice ha ravvisato omogeneità di posizioni ed assenza di conflitto tra le parti ricorrenti, di per sé sufficienti a giustificare l'ammissibilità, nei sensi illustrati, del ricorso collettivo

5.- Con un secondo motivo di doglianza le parti appellanti lamentano violazione e falsa applicazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost., degli artt. 35 e 39 cod. proc. amm. e dell'art. 111 c.p.c., relativamente alla disattesa eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di legittimazione ed interesse ad agire.

5.1.- Il motivo non è fondato.

Non erra il primo giudice nel ritenere che la legittimazione a far valere in giudizio la violazione delle regole che presidiano allo sviluppo del principio di concorrenza debba essere riconosciuta, in termini non pregiudizialmente restrittivi, in capo a tutti gli operatori economici che, a qualunque titolo, si trovino ad operare nel settore di mercato interessato e che alleghino ragioni di pregiudizio, *anche meramente potenziali purché non generiche ed indifferenziate*, rinvenienti dalla prospettata alterazione del libero gioco della competizione economica.

Inoltre, il fatto che le imprese ricorrenti non avrebbero mai potuto acquistare una partecipazione in A.E.B. s.p.a. (non potendo, con ciò, dolersi dei termini e della modalità della complessa ed articolata operazione societaria in contestazione, sotto il profilo della specifica restrizione dei meccanismi evidenziali di integrazione sociale) non toglie che – trattandosi comunque di operatori economici operanti, giusta le valorizzate risultanze camerali, nei rami della installazione, manutenzione e riparazione degli impianti idraulici, di riscaldamento e condizionamento dell'aria e del commercio di combustibili – non fossero privi di interesse a sollecitare il rispetto delle regole concorrenziali nel settore *multiutility*, avuto riguardo alle future gare per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, sulle quali l'operazione di integrazione societaria ben avrebbe potuto prospetticamente dispiegare potenziali effetti pregiudizievoli.

6.- Con un terzo ordine di motivi le appellanti lamentano, nel merito, violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 10 e 17 del d.lgs. n. 175/2016, dell'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 46 cod. proc. amm., in una contraddittoria intrinseca della motivazione ed omessa e/o erronea valutazione degli atti e dei documenti di causa.

Trattandosi, in tesi, di operazione straordinaria *di matrice integralmente privatistica*, come tale disciplinata *esclusivamente dalle norme del diritto societario* (ex art. 1, comma 3 d. lgs. n. 175/2016), nella assenza sia di *cessione delle partecipazioni sociali pubbliche* di AEB S.p.a. (art. 10 d. lgs. n. 175 cit.), sia di *neocostruzione di una società mista*, con selezione di un *partner* operativo privato (art. 17 d lgs. cit.), erroneamente la sentenza avrebbe valorizzato, con *negare l'infungibilità*

negoziale della programmata scissione e fusione sociale e con il postulare vincoli operativi proconcorrenziali di matrice evidenziale, non pertinenti ed esorbitanti profili di ordine pubblicistico.

6.1.- Il motivo non è fondato.

Vale, anzitutto, chiarire, alla luce della narrativa in fatto che precede, i termini dell'operazione economica divisata, che ha realizzato una *programmatica aggregazione industriale* tra A2A s.p.a. e Ambiente Energia Brianza S.p.A., che è una società *multiutility* industriale a totale partecipazione pubblica, operante in diversi settori, tra i quali quelli della distribuzione e della vendita del gas, dell'energia elettrica e del calore, e che gestisce, per il tramite di società pubbliche dalla stessa controllate, servizi economici di interesse generale, secondo il modulo dell'affidamento diretto dell'*in house providing*, in favore dei Comuni soci ubicati in provincia di Monza e Brianza, tra i quali, con partecipazione sociale maggioritaria, il Comune di Seregno.

L'operazione si è realizzata mediante: *a) il trasferimento* da parte di A2A S.p.A. dell'intero capitale sociale della controllata A2A Illuminazione pubblica S.r.l. ad altra società controllata Unareti S.p.A.; *b) la scissione* parziale del ramo di azienda della distribuzione del gas da Unareti S.p.a. e il suo conferimento in A.E.B. S.p.A.; *c) il conferimento* in natura, da parte della A.E.B. S.p.A., dei punti di riconsegna della distribuzione del gas naturale, acquisiti dalla scissione parziale del ramo di azienda della Unareti s.p.a, nella sua controllata Reti Più S.p.a.; *d) la suddivisione*, all'esito della riparametrazione del valore unitario delle azioni ordinarie, del capitale sociale di AEB S.p.a. in *due categorie di azioni*, di cui quelle di "categoria A" da assegnare ai soci e quelle di "categoria B" da assegnare al nuovo socio A2A S.p.A.; *e) la modificazione dell'entità soggettiva delle partecipazioni e dei relativi poteri di controllo*, pari al 36,472% per il Comune di Seregno e al 33,517% per A2A S.p.A.; *f) la stipula di accordi parasociali* ai fini della nomina dei componenti del consiglio di amministrazione (designati per la metà da A2a S.p.A. e per la metà dal Comune di Seregno), dell'amministratore delegato (designato da A2A S.p.A, previa consultazione con il Comune di Seregno), con sottoposizione di A.E.B. S.p.A. e delle società da questa controllate all'attività di direzione e di coordinamento di A2A S.p.A..

Nell'assunto degli originari ricorrenti, valorizzato ed accolto dalla sentenza impugnata, l'intera operazione, nella sua articolata strutturazione, si sarebbe risolta nella "*sostanziale*" cessione delle partecipazioni sociali da parte dell'Amministrazione comunale, realizzata *senza il previo (e necessario) esperimento di una procedura ad evidenza pubblica*. Per contro, nella critica prospettiva delle parti appellanti, in assenza di *formale* cessione di quote sociali e di costituzione di un partenariato sociale con socio privato operatore, l'intera operazione avrebbe rivestito

connotazione interamente privatistica, con correlativa ed insindacabile fungibilità negoziale della programmata fusione.

6.2.- Per dirimere la questione, va osservato, in ordine al quadro normativo di riferimento, che il d. lgs. n. 175/2016 (che ha approvato il *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*) non contiene una disciplina espressamente dedicata alle cc.dd. *operazioni straordinarie*.

Ciò si giustifica alla luce della previsione di cui all'art. 1, commi 1 e 3 del T.U., la quale chiarisce che la normativa introduce una regolamentazione di singole vicende organizzative delle società a partecipazione pubblica (es: la costituzione, l'acquisto di partecipazioni pubbliche), mentre per tutto quanto non espressamente convenuto deve farsi riferimento alla normativa societaria *di diritto comune*.

Il richiamo, quale regola residuale, alle fonti generali del diritto societario sintetizza, come è noto, un'opzione di politica legislativa confermativa della *natura essenzialmente privatistica* delle società a partecipazione pubblica e si pone quale architrave della regolamentazione di settore, nel senso che – alla luce di un fondamentale canone di *proporzionalità* (cfr. art. 18, comma 1 lett. a) l. 7 agosto 2015, n. 124) e di *sussidiarietà* (cfr. art. 1, comma 1 bis l. n. 241/1990) – l'applicazione della disciplina pubblicistica debba trovare volta a volta fondamento, a geometria variabile, in presenza di cogenti ragioni giustificative, normativamente codificate.

Si tratta, del resto, di principio ricognitivo di una concezione ampiamente radicata già nell'impianto del codice civile, in cui le società pubbliche sono sottoposte in tutto e per tutto alla normativa generale, con la sola eccezione della previsione dei diritti amministrativi speciali di cui all'art. 2449 c.c., norma considerata comunque incapace di interferire con la causa della società e ritenuta convincentemente neutra sotto il profilo della natura dell'ente.

6.2.1.- Ciononostante, l'assenza di una *specificata e puntuale* disciplina delle operazioni straordinarie concluse da società a partecipazione pubblica non legittima, tuttavia, l'inferenza che esse non presentino – o, meglio, non possano in concreto presentare, in relazione alle relative modalità programmatiche ed operative – caratteri peculiari che valgano a giustificare la sottoposizione ad un regime normativo in parte differenziato.

In proposito, va anzitutto precisato che il d. lgs. n. 175 cit. contiene alcuni riferimenti espliciti alle operazioni concernenti rispettivamente la *variazione del capitale sociale*, la *trasformazione*, la *fusione* e la *scissione*.

Vale, in particolare, richiamare quanto stabilito: a) dall'art. 7, comma 7 lett. b), con riguardo all'atto deliberativo dell'amministrazione pubblica di procedere alla *trasformazione della società partecipata*; b) dall'art. 8, comma 1, con riguardo all'atto deliberativo che programmi l'*acquisto*,

tramite aumento di capitale sociale o altre operazioni straordinarie, di partecipazioni in società già costituite; c) dall'art. 14, comma 5, con riguardo alle (limitate) possibilità di ricorrere ad operazioni straordinarie ai fini del *ripianamento delle perdite* del capitale sociale; d) dall'art. 20, commi 1, 2 e 5, con riguardo all'obbligo per le amministrazioni pubbliche di predisporre periodicamente un *piano di razionalizzazione* delle partecipazioni, da attuarsi anche tramite operazioni straordinarie, compresa la *fusione* (o la *messa in liquidazione* o la *cessione*).

Si pone, pertanto, la necessità di coordinare la *disciplina generale* contenuta nel capo X, sezioni I, II e III, del codice civile con le disposizioni introdotte dal T.U. per le società pubbliche: e ciò perché, per l'appunto, le norme dettate per regolamentare singoli aspetti delle società partecipate possono *interferire con la disciplina generale del tipo sociale* ed esprimere una specifica caratterizzazione del modello organizzativo.

6.2.2.- In tale prospettiva il carattere “singolare”, nel senso chiarito, dei processi di ristrutturazione e riorganizzazione deliberati da società a partecipazione pubblica ed affidati alle multiformi tecnicità delle operazioni societarie straordinarie può dipendere: a) dalla presenza di aspetti peculiari impressi al modello organizzativo dalla regolamentazione di settore; b) dal rilievo che assumono i principi eurocomuni in tema di intervento pubblico nell'economia o da contingenti esigenze di contrazione della spesa pubblica nazionale; c) dalla necessità di salvaguardare il principio di apertura concorrenziale del mercato; d) dal radicamento di un orientamento incline a preservare il controllo dell'amministrazione sulla gestione dei servizi pubblici sul presupposto della natura “comune” di taluni beni assoggettati ad un regime di accesso universale.

Le società partecipate possono essere, in particolare, interessate da operazioni straordinarie di ristrutturazione nelle forme della *fusione* e della *scissione* (eventualmente e tipicamente accompagnate da *aumento del capitale sociale*): ciò per ragioni volta a volta: a) *produttive* (soprattutto quando si persegue l'obiettivo di associare complessi produttivi per massimizzare le efficienze nel godimento dei fattori della produzione); b) *tecnologiche* (quando l'operazione consenta – ad esempio – l'acquisizione di uno specifico bene immateriale o *know how*); c) *commerciali* (a fronte dell'obiettivo di perseguire – per esempio – le integrazioni tra singole fasi delle attività di produzione e commercializzazione); d) *finanziarie* (specie se la ristrutturazione è finalizzata all'attuazione di un piano di riequilibrio degli assetti societari); e) *amministrative* (là dove preordinate alla razionalizzazione dell'organigramma ed alla riduzione dei costi di gestione).

Il perseguimento di questi obiettivi di integrazione, razionalizzazione, valorizzazione o contingentamento delle risorse si coniuga, del resto, perfettamente con la spinta – da anni promossa

dal legislatore – alla riduzione della spesa pubblica, anche attraverso la previsione di limiti all'assunzione ed al mantenimento di partecipazioni sociali.

In questa prospettiva deve, del resto, leggersi il disposto dell'art. 20, comma 1 T.U., secondo cui le amministrazioni pubbliche effettuano annualmente un'analisi dell'assetto complessivo delle società di cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo, ove ne ricorrano i presupposti, un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione. E l'art. 20, comma 5 illustra al contempo il contenuto dei piani di riassetto, precisando che gli stessi possono prevedere anche la dismissione o l'assegnazione in virtù di *operazioni straordinarie* delle partecipazioni societarie.

6.2.3.- Ciò precisato, la adozione della delibera di fusione e scissione di società partecipata non è, anzitutto e preliminarmente, sottoposta *in quanto tale* ai vincoli del procedimento *aggravato* contenuto invece per l'operazione di trasformazione ai sensi dell'art. 7, comma 7 T.U.

Peraltro – in ragione del fatto che le operazioni di fusione e scissione sono idonee a produrre modificazioni dell'assetto organizzativo non meno invasive e radicali rispetto alle operazioni di trasformazione – si deve ritenere che, almeno in talune fattispecie (*e certamente, come non a caso è puntualmente avvenuto, nella vicenda in esame*) la deliberazione di fusione e scissione di società partecipate debba senz'altro sottostare alle procedure decisionali predeterminate all'art. 7, comma 7, con riguardo alla preventiva approvazione dell'amministrazione partecipante ed alla congrua motivazione dell'atto deliberativo anche sulla convenienza economica e sulla sostenibilità finanziaria per il socio pubblico.

È, segnatamente, il caso: *a)* di operazioni di fusione e scissione che comportino anche l'effetto del *mutamento del modello organizzativo* (in questa eventualità dovendosi, infatti, coerentemente applicare in via concorrente le *norme dedicate alla trasformazione* della società); *b)* di operazioni di fusione e scissione che determinino, per la complessità dell'operazione di ristrutturazione concretamente congegnata, anche la *costituzione di un nuovo ente* (es. fusione tra due società in favore di società di nuova costituzione o scissione parziale in favore di società di nuova costituzione).

Invero, di là dalla disputa, di ordine essenzialmente dogmatico, sul corretto inquadramento di queste operazioni sul piano della fattispecie costitutivo-traslativa o di quella organizzativo-modificativa, non si può disconoscere che, in una chiave di lettura funzionale, attenta all'analisi degli interessi rilevanti, la fusione e la scissione rappresentino vicende obiettivamente complesse, non riducibili *sic et simpliciter* al piano di mera costituzione di società.

Ciò detto, tanto l'operazione di fusione, quanto l'operazione di scissione possono essere (con le stesse caratteristiche e limiti che valgono per la trasformazione) *eterogenee*, quando l'operazione interessi anche enti diversi dalla società di capitali, od *omogenee*, quando interessino solamente società di capitali. Peraltro, in quest'ultimo caso, non è richiesto che tutte le società siano a partecipazione pubblica.

6.2.4.- In tutte le situazioni considerate, va, in ogni caso, tenuto per fermo che – se l'effetto dell'operazione è *l'allargamento della compagine sociale a soci privati* o *la creazione di una società nella quale coesistano soci pubblici e privati* – si dovrà tener conto dei vincoli stabiliti prettamente per le società c.d. miste.

Nei casi, in cui, in particolare, l'operazione risulti funzionale alla creazione di una società c.d. mista destinata a (realizzare e gestire un'opera ovvero) *organizzare e gestire un servizio di interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato* (art. 4, lett. c) T.U.), l'operazione dovrà essere progettata in modo tale che:

a) per un verso, l'individuazione del soggetto deputato a divenire socio privato della società derivante dalla fusione o scissione avvenga mediante *meccanismi di selezione con esperimento di procedure aperte o, nei casi previsti dalla legge, di procedure competitive di negoziazione (arg. ex art. 7, comma 5)*;

b) per altro verso, la quota di partecipazione da assegnare al socio privato non sia inferiore al trenta per cento (*arg. ex art. 17, comma 1*).

Quando, per contro, la società derivante dalla operazione straordinaria fosse destinata ad operare *in house* in favore di una o più amministrazioni, il progetto di fusione o scissione dovrà obbligatoriamente programmare, tra l'altro, l'introduzione di limiti stringenti entro i quali ammettere la partecipazione del socio privato, atteso che quest'ultima, ancorché prevista dalla legge, deve avere uno spessore del tutto marginale, nel senso di non comportare un controllo o un potere di veto, né l'esercizio di un'influenza dominante sulla società (*arg. ex art. 16, comma 1*).

6.2.5.- Una ipotesi ricorrente in cui sussiste un tipico interesse ad una fusione o scissione di società partecipata è quello che coinvolge, come nella specie, società locali cc.dd. multiservizi (*multiutility*), sovente partecipate da un ente pubblico locale e destinate allo svolgimento tanto di servizi pubblici locali quanto di servizi c.d. strumentali.

In effetti, in presenza di vincoli di esclusività previsti dalla normativa nazionale (cfr. art. 16 T.U.), l'amministrazione pubblica (che partecipa e controlla la società) può ragionevolmente decidere la scissione parziale, con l'effetto di realizzare una netta separazione nella gestione delle aree operative.

Né va escluso che una società partecipata progetti la fusione con una società privata: scopo della fusione essendo, in tale circostanza, quello di creare una società a partecipazione mista pubblico-privata per le finalità di (realizzare e gestire un'opera ovvero) organizzare e gestire un servizio di interesse economico generale *in regime di partenariato* (arg. ex art. 4, comma 2 lett. c).

In questo caso, di nuovo, al fine di dare corretta attuazione al disposto dell'art. 17 T.U., il progetto di fusione deve *esattamente indicare la società privata selezionata attraverso una procedura di evidenza pubblica* – precisando, peraltro, i compiti operativi del socio privato – e *predeterminare il rapporto di cambio* in modo che al socio privato venga assegnata una quota di partecipazione non inferiore al 30% del nuovo capitale sociale della società derivante dalla fusione.

6.3.- È alla luce delle riassunte coordinate che va esaminata la vicenda in contestazione.

Risulta allora, in principio, corretta l'impostazione adottata dal primo giudice, che ha giustamente riacquisito l'argomento formalistico per cui, non essendo espressamente qualificata l'operazione né come costituzione di società, né come acquisto di partecipazioni in società pubbliche da parte di pubbliche amministrazioni, ad essa si sarebbero dovute applicare esclusivamente la disciplina normativa sulle società contenuta nel codice civile e le norme generali di diritto privato.

In concreto, la sentenza appellata – sulla premessa che, in virtù della contestata operazione, la partecipazione azionaria del Comune di Seregno al capitale di A.E.B. s.p.a. sarebbe passata dal 54,859% al 36,472%, quale frutto del trasferimento del ramo di azienda di una società del Gruppo A2A alla stessa A.E.B. s.p.a., compensata con il corrispettivo di una partecipazione al capitale sociale – ha ritenuto che, pur in assenza di una vera e propria “*cessione di partecipazioni a fronte di una somma di denaro*”, era stato comunque programmato “*il corrispettivo per il bene conferito in natura*”, il quale avrebbe determinato, con l'aumento del capitale sociale, la sua suddivisione in diverse categorie di azioni e la rideterminazione del valore delle stesse in base ad un valore di cambio.

Ne ha tratto, perciò, il corollario che – essendo *ratio* dell'assoggettamento alla regola evidenziale quella di ritrarre dalla competizione la massima valorizzazione economica delle azioni cedute – la stessa ricorresse anche nell'ipotesi, ricorrente nella specie, di “*attribuzione della partecipazione societaria mediante conferimenti*”. Ciò in quanto, in concreto, l'attribuzione della partecipazione societaria, a fronte del conferimento del ramo di azienda, avrebbe di fatto consentito l'ingresso in A.E.B. s.p.a. (società operante in regime di *in house*) di un socio industriale di natura mista e, dunque, di privati investitori, con conseguente mutamento soggettivo delle partecipazioni e dei poteri di gestione ad esse correlati.

In definitiva, proprio la programmata modificazione delle partecipazioni all'interno di A.E.B. s.p.a., secondo il modello della società mista, avrebbe strutturato un modello di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, mediante il quale sarebbe stato possibile affidare o, nel caso di specie, mantenere l'affidamento di servizi di interesse economico generale in via diretta: sicché, nel rispetto dei principi di concorrenza e di *par condicio*, la scelta del *partner* industriale, in grado di esercitare un controllo di fatto sul gestore del servizio, avrebbe dovuto avvenire in forma competitiva, in applicazione della regola espressamente codificata all'art. 17 del TU n. 175 cit., senza che, in diverso senso, potessero valere sia le clausole contenute negli accordi quadro e nei patti parasociali allegati alla deliberazione impugnata (che la normativa in questione non indica, in effetti, quali possibili ragioni di deroga alla regola dell'evidenza pubblica), sia l'assunto della pretesa infungibilità dell'operazione (che, proprio in quanto eccezione alla regola dell'evidenza pubblica, avrebbe dovuto, a tutto concedere, essere valutata con particolare rigore ed all'esito di una puntuale indagine di mercato, idonea a dimostrare che l'unica possibilità di sviluppo e di incremento di competitività per la A.E.B. s.p.a. fosse l'integrazione industriale con la A2A s.p.a., in ragione delle peculiari caratteristiche di questa, non replicabili sul mercato di riferimento).

6.4.- La conclusione va condivisa.

Essa discende, infatti, coerentemente dalle esposte premesse, le quali, in definitiva, militano nel senso che, riguardate dal punto di vista degli obblighi strumentali di evidenza pubblica, le operazioni straordinarie che, a vario titolo e in varia forma, coinvolgono società pubbliche, sono di per sé *neutre*: di tal che – sull'assunto che il principio proconcorrenziale opera, di suo, nella *prospettiva funzionale dell'effetto utile* e che il correlativo apparato precettivo va considerato di *natura materiale e non formale* – l'assoggettamento al regime interamente privatistico (ex art. 1, comma 3 TU) o l'intersezione segmentale con la disciplina pubblicistica evidenziale dipende, *in concreto*, dall'accertamento degli *effetti sostanziali* perseguiti e divisati.

Effetti che, nella specie, realizzando una diluizione della partecipazione pubblica totalitaria in favore di una *partnership* istituzionale con un soggetto privato, sono, in definitiva, tali da sollecitare l'obbligo di attivare una strumentale procedura selettiva tra i potenziali operatori economici dei settori interessati.

7.- Le considerazioni che precedono, che assorbono ogni altro rilievo, confermano la complessiva infondatezza degli appelli.

La particolare complessità, e la relativa novità delle questioni esaminate, giustifica l'integrale compensazione, tra le parti costituite, delle spese e delle competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 1° luglio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2021, n. 21, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO