

# CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL  
DIRITTO DELLE  
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO

3 / 2021

LUGLIO - SETTEMBRE

# Il Consiglio di Stato conferma l'annullamento della delibera di integrazione societaria tra A2A e AEB

*Gherardo Carullo*

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-3-26

*Il Consiglio di Stato ha confermato l'illegittimità della delibera del Comune di Seregno con la quale era stato approvato un complesso progetto di integrazione societaria tra una propria partecipata ed A2A S.p.A.. La sentenza risulta particolarmente interessante sotto due profili: sia per le ragioni che hanno portato i giudici di appello a confermare l'obbligo della gara in circostanze come quelle del caso di specie, sia per le conseguenze che la pronuncia avrà sull'operazione.*

## ***The Council of State confirms the annulment of the corporate integration resolution between A2A and AEB***

*The Council of State confirmed the illegality of the resolution of the Municipality of Seregno which approved a complex corporate integration project between its subsidiary and A2A S.p.A.. The judgment is particularly interesting for two reasons. Firstly, it is confirmed that a public tender must be carried out in circumstances such as those of the present case, and secondly, it remains to be seen what consequences the ruling will have on the operation.*

## **1. Introduzione**

Il Consiglio di Stato – con sentenza del 1° settembre 2021 n. 6142 – ha confermato la pronuncia del T.A.R. Lombardia<sup>[1]</sup> di annullamento della deliberazione del Consiglio comunale di Seregno di approvazione del progetto di integrazione societaria e industriale tra Ambiente Energia Brianza - A.E.B. S.p.A. (di seguito, AEB) ed A2A S.p.A. e i relativi gruppi aziendali (di seguito, A2A) ed

il progetto di scissione parziale di Unareti S.p.A. (di seguito, Unareti) in AEB (di seguito, operazione).

AEB, Comune di Seregno ed A2A hanno in particolare lamentato, nel merito, l'erronea applicazione da parte del giudice di prime cure delle disposizioni pubblicistiche sulla scelta del socio privato. A detta delle parti appellanti, si avrebbe in questo caso «*un'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)*»<sup>[2]</sup>.

La tesi degli appellanti evidenzia che non vi sia stata una formale cessione di partecipazioni sociali pubbliche di AEB<sup>[3]</sup>, né vi sarebbe stata la costituzione *ex novo* di una società mista. Sicché, a loro dire, contrariamente a quanto ritenuto dal Collegio in primo grado, non sussisterebbe nella specie l'onere di gara per la selezione del partner operativo privato *ex art. 17 d.lgs. 175/2016* (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica).

Come si è detto, il Consiglio di Stato ha, condivisibilmente, rigettato le dette censure, confermando integralmente la sentenza di primo grado.

## **2. Fatti di causa ed il giudizio di primo grado**

Secondo quanto riportato nella sentenza in commento, AEB, fino all'operazione, era una società *multiutility* industriale a totale partecipazione pubblica, operante in diversi settori, tra cui, per il tramite di società dalla stessa controllate, servizi economici di interesse generale a favore dei soci pubblici controllanti in regime di affidamento diretto mediante *in house providing*.

Per altro verso, A2A, pur prevalentemente operando nei medesimi settori di mercato di AEB, è invece una società quotata in borsa. Nonostante il capitale sociale sia detenuto per la metà dai Comuni di Milano e di Brescia, può essere agevolmente escluso che questa sia un ente *in-house* già per il sol fatto di essere essa quotata su di un mercato regolamentato. Anch'essa risulta gestire, per il tramite di società dalla stessa controllate, servizi economici di interesse generale, secondo il modulo dell'affidamento diretto a società miste, questa volta previo esperimento di una fase di evidenza pubblica per la scelta del socio privato.

L'operazione, approvata con la deliberazione consiliare annullata dal T.A.R. Lombardia, aveva disposto un'aggregazione industriale realizzata attraverso il

trasferimento da A2A dell'intero capitale sociale di una sua controllata ad Unareti, la scissione parziale del ramo di azienda della distribuzione del gas da Unareti e il suo conferimento in AEB, nonché il conferimento in natura, da parte di AEB, dei punti di riconsegna della distribuzione del gas naturale, appena acquisiti da detta scissione parziale del ramo di azienda di Unareti, nella sua società controllata RetiPiù S.p.A..

Per quanto riguarda la compagine sociale, l'operazione mirava, tra gli altri, a determinare la modificazione dell'entità soggettiva delle partecipazioni e dei relativi poteri di controllo, riducendo la partecipazione del Comune di Seregno al 36,472%, ed introducendo il nuovo socio privato A2A al 33,517%.

L'accordo quadro sottoscritto tra AEB ed Unareti ed il patto parasociale tra A2A ed il Comune di Seregno avevano altresì statuito che i componenti del consiglio di amministrazione di AEB fossero designati per la metà da A2A e per l'altra metà dal Comune di Seregno, che l'amministratore delegato di AEB fosse designato da A2A, previa consultazione con il Comune di Seregno, e che AEB e le società da questa controllate fossero sottoposte all'attività di direzione e di coordinamento di A2A.

Come detto, il T.A.R. Lombardia ha annullato la citata deliberazione del Consiglio comunale di Seregno accertando l'illegittimità degli atti impugnati, riassuntivamente, per violazione degli artt. 10 e 17 del d.lgs. n. 175/2016, ritenendo 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»*. Dal che il giudice di primo grado ne aveva dedotto l'elusione delle regole di evidenza pubblica.

### **3. L'onere della gara**

Come detto, il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado, con argomentazioni nel merito che appaiono particolarmente interessanti sia in relazione all'interpretazione della normativa nazionale, sia in una prospettiva di diritto dell'Unione europea.

In ragione delle già indicate caratteristiche dell'operazione tra A2A ed il Comune di Seregno, i giudici di Palazzo Spada hanno anzitutto rilevato che la stessa non configura, *stricto sensu*, una trasformazione ai sensi dell'art. 7, comma 7, lett. b), d.lgs. 175/2016. Hanno tuttavia altresì rilevato 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*»<sup>[4]</sup>.

Da ciò discende, secondo la motivazione della sentenza, che anche tali modificazioni societarie debbano «*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*».

Non solo. Poiché l'operazione in questione ha in sostanza determinato l'ingresso di privati nel capitale di AEB, società precedentemente *in house* del Comune di Seregno, il Consiglio di Stato ha evidenziato che occorre altresì tener conto dei vincoli stabiliti per le società c.d. miste.

In particolare, applicando in via analogica l'art. 7, comma 5, d.lgs. 175/2016, i giudici di appello hanno ritenuto che l'operazione debba prevedere che l'individuazione del 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.

Inoltre, ai sensi dell'art. 17, comma 1, del medesimo decreto<sup>[5]</sup>, il Consiglio di Stato ha altresì ritenuto che il progetto di fusione debba «*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*»<sup>[6]</sup>.

Le argomentazioni del Consiglio di Stato, se certamente condivisibili anche solo tenendo conto del contesto normativo nazionale, appaiono ancor più ineludibili in una prospettiva di diritto UE.

In applicazione dei principi di trasparenza e non discriminazione non v'è infatti dubbio che l'apertura del capitale di una società a partecipazione pubblica affidataria di commesse pubbliche in regime di *in-house providing* debba avvenire

mediante una procedura che garantisca, pur a valle dell'affidamento, l'esistenza di un confronto concorrenziale *per* il mercato<sup>[7]</sup>.

Tale lettura è stata ormai da tempo espressamente indicata dalla Corte di giustizia nel caso *Acoset*<sup>[8]</sup>. In tale occasione, la Corte ritenne legittimo l'affidamento diretto a una società mista nella quale il socio privato fosse selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispettasse i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dai Trattati europei<sup>[9]</sup>. In altri termini, nell'impostazione accolta dalla Corte, la fase di evidenza pubblica è preordinata non già alla selezione dell'affidatario, quanto del socio da inserire nella compagine sociale.

#### **4. I contratti in affidamento diretto mediante *in house providing***

Come esposto *supra*, AEB, in qualità di società *in house*, era e, per quanto noto, tutt'ora è affidataria diretta mediante *in house providing* di contratti pubblici.

Tale situazione risulta problematica in quanto l'avvenuta cessione del controllo potrebbe essere qualificata come un'elusione delle norme europee sull'evidenza pubblica per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture e di concessioni di servizi<sup>[10]</sup>. In proposito si può ricordare il caso *SEA*, nel quale la Corte ebbe modo di affermare che la legittimità di un affidamento diretto può essere valutata anche tenendo in considerazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data di aggiudicazione dell'appalto, proprio per valutare se l'ingresso di capitale privato non costituisca «una costruzione artificiale diretta ad eludere le norme comunitarie in materia»<sup>[11]</sup>.

Nel caso *ANAV* la Corte ha avuto modo di chiarire, ancor più inequivocabilmente, che «qualora, durante la vigenza del contratto ..., il capitale [della società affidataria *in-house*, n.d.a.] fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario»<sup>[12]</sup>. Tale pronuncia appare

particolarmente significativa nel caso di specie in quanto pone l'accento proprio sull'apertura del capitale sociale «*durante la vigenza del contratto*», con ciò quindi chiarendo che la rilevanza di tale circostanza non è limitata al momento dell'aggiudicazione, dovendo essere considerata anche in corso di esecuzione del contratto onde valutare la legittimità dell'affidamento diretto<sup>[13]</sup>.

L'apertura del capitale sociale ad un privato può dunque mettere in crisi il modello di affidamento, poiché può venir meno il presupposto giuridico che consente di non applicare le norme europee sull'evidenza pubblica.

Va precisato in proposito che il legislatore europeo ha introdotto un'apertura alla presenza di capitale privato nelle società *in-house*<sup>[14]</sup>. Le Direttive del 2014 hanno chiarito che, in determinate circostanze, può ammettersi la presenza di privati al ricorrere di tre stringenti e cumulative condizioni: che non sia comunque riconosciuto alcun «*controllo o potere di veto*»; che tali partecipazioni siano «*prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati*»; e che sia esclusa la possibilità di esercitare «*un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*» dall'Amministrazione<sup>[15]</sup>.

Premesso che la selezione del socio privato dovrebbe comunque avvenire nel rispetto dei medesimi principi di trasparenza e non discriminazione descritti *supra* per le società miste<sup>[16]</sup> – il che nell'operazione *de qua* come detto non è avvenuto –, nella specie si può escludere che sussista anche solo uno dei tre requisiti cumulativi richiesti dal legislatore europeo. A2A esercita il controllo su AEB, la sua presenza nel capitale sociale non è prescritta da alcuna norma nazionale, né è certamente escluso che A2A possa esercitare un'influenza dominante, esercitando anzi questa un potere di direzione e coordinamento.

Sul punto il Consiglio di Stato si è limitato ad affermare che «*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)*».

Se pur astrattamente tale statuizione appare conforme al citato dettato normativo, in concreto una simile impostazione potrebbe risultare incompatibile con quanto affermato in relazione alla disciplina delle società miste. Delle due

l'una: o il socio privato ha un ruolo di rilievo con una partecipazione societaria non inferiore al 30% (società mista), oppure ha uno «*spessore del tutto marginale*» (*in-house*). Non pare che le due fattispecie possano logicamente coesistere.

L'apparente inconciliabilità delle due affermazioni può però essere superata ove si consideri la prospettiva con cui il Consiglio di Stato ha statuito. Convalidando l'annullamento della Delibera del Comune, e confermando che, per l'esecuzione dell'operazione, è necessaria l'approvazione da parte del Consiglio, i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che la formazione dell'attuale assetto societario si è realizzata *contra legem*.

Ne deriva che le due statuizioni non risultano in contrasto l'una con l'altra in quanto non indicano come sanare l'attuale situazione, bensì delineano i confini entro cui l'amministrazione, dopo aver ripristinato la legalità, dovrà muoversi per ripetere l'operazione. In altri termini, posto che l'attuale assetto non può essere mantenuto, spetterà all'amministrazione, con l'accordo delle parti private opportunamente selezionate, valutare se adottare il modello della società mista, ovvero quello della società *in-house*.

Nel frattempo, tuttavia, resta da risolvere la questione circa la sorte dell'operazione e gli affidamenti diretti ad AEB.

#### **4. Quale sorte per l'operazione e gli affidamenti diretti ad AEB**

Per valutare quale sorte debba avere l'operazione *de qua* è utile avviare la riflessione da un passaggio della pronuncia nel quale il Consiglio di Stato, confermando l'impostazione del giudice di primo grado, ha adottato una prospettiva particolarmente condivisibile. Considerato 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*», il Consiglio di Stato ha statuito che «*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*». Nella specie i giudici di appello hanno altresì ritenuto che detti effetti, «*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».*

La prospettiva sostanzialistica e il principio dell'effetto utile appaiono due utili, quanto necessari, elementi per valutare le conseguenze dell'annullamento.

Premessa del ragionamento deve essere la constatazione che la situazione in fatto prodottasi con l'operazione risulta elusiva delle norme europee e nazionali atte a garantire che la selezione dei contraenti della pubblica amministrazione avvenga in modo trasparente e non discriminatorio.

Al fine, dunque, di garantire l'effettività delle norme europee<sup>[17]</sup>, ed a fronte delle chiare indicazioni del Consiglio di Stato su quali siano i confini entro i quali una operazione come quella *de qua* debba muoversi, non si può che concludere che sia necessario un intervento volto a ristabilire la situazione antecedente all'operazione. Il ripristino dello status *quo ante* deve, in breve, determinare lo spoglio delle partecipazioni acquisite da A2A, e delle annesse pattuizioni, con il contestuale ripristino del controllo di AEB in mano al Comune di Seregno.

Si tratta indubbiamente di un'opzione radicale, ma che a ben vedere è ben nota nel diritto europeo della concorrenza. L'art. 8, p. 4, del Regolamento 2004/139/UE, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, prevede che la Commissione possa – in caso di concentrazioni ritenute incompatibili con il mercato interno che si siano già perfezionate – «ordinare alle imprese interessate di dissolvere la concentrazione, in particolare mediante lo scioglimento dell'entità nata dalla fusione o la cessione di tutte le azioni o le parti del patrimonio acquisite, in modo da ripristinare la situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione». Il fatto, dunque, che una così penetrante misura sia prevista per operazioni normalmente ben più complesse di quella qui analizzata dovrebbe indurre a superare obiezioni circa l'impossibilità materiale o giuridica di ripristinare lo *status quo ante*.

In ogni caso, la norma citata prosegue sancendo che «qualora la situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione non possa essere ripristinata dissolvendo la concentrazione, la Commissione può prendere qualsiasi altra misura atta a ripristinare per quanto possibile tale situazione». Sicché, nella non creduta ipotesi in cui si ritenesse non ripristinabile la situazione in fatto anteriore all'operazione, si potrebbe argomentare che sia comunque possibile

dichiarare l'inefficacia dei contratti affidati direttamente ad AEB in regime di *in-house providing*, anche in via d'autotutela<sup>[18]</sup>.

Ciò che in ogni caso appare opportuno è che l'attuale assetto sia quanto prima riportato alla legalità. Se così non fosse, difatti, l'annullamento della delibera non produrrebbe nella sostanza alcun apprezzabile conseguenza, lasciando di fatto l'operazione in essere. Ciò sarebbe particolarmente dannoso, specie in prospettiva europea, in quanto l'elusione dei principi di trasparenza e non discriminazione potrebbe suggerire l'attivazione di una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano, come già del resto avvenuto in passato<sup>[19]</sup>.

Né si può sottacere il fatto che la mancanza di misure ripristinatorie potrebbe indurre altri operatori economici – se non la stessa A2A – a ripetere lo stesso schema operativo, il che costituirebbe una prassi che ancor più verosimilmente potrebbe determinare l'attivazione di una procedura di infrazione<sup>[20]</sup>.

1. T.A.R. Lombardia (Milano), Sez. I, 15 febbraio 2021, n. 412.
2. V. sentenza in commento, p. 6 in diritto.
3. Rilevante ai sensi dell'art. 10 d. lgs. n. 175/2016.
4. Punto 6.2.3 della sentenza.
5. Ai sensi del quale «*nelle società a partecipazione mista pubblico-privata la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista*».
6. Punto 6.2.5 della sentenza.
7. Sulla distinzione tra concorrenza *per il* e *nel* mercato, cfr. F. Merusi, *Le leggi del mercato*, Mulino, Bologna, 2002, p. 75.
8. V. Corte di giustizia, 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08, *Acoset*, punti 61-62.
9. *Ibid.*
10. Ciò è già accaduto ad esempio nel caso di cui alla sentenza del 10 novembre 2005, nella causa C-29/04, *Commissione / Austria*, p. 40, in cui la Corte di giustizia ha affermato che «*attraverso una costruzione artificiale comprendente più fasi distinte, e cioè la creazione della società Abfall, la conclusione con essa del contratto di smaltimento dei rifiuti e la cessione del 49% delle quote di tale società alla società Saubermacher, un appalto pubblico di servizi è stato attribuito ad un'impresa di economia mista in cui il 49% delle quote sono detenute da un'impresa privata*».
11. Corte di Giustizia, 10 settembre 2009, C-573/07, *SEA*, p. 48. In termini sentenza nella causa C-29/04 cit. *supra*, pp. 38-41.

12. Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, C-410/04, *ANAV*, p. 30.
13. In proposito si deve evidenziare che in altre pronunce, che pur non smentiscono tale affermazione, la Corte ha posto l'accento sull'apertura del mercato piuttosto al momento dell'affidamento, in quanto in tali casi già lo statuto prevedeva la possibilità di un ingresso dei privati, v. ad es. il caso *SEA* citato *supra*.
14. () In dottrina C.E. Gallo, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2, 2005, par. 8, aveva già evidenziato l'eccessiva rigidità delle posizioni assunte dalla Corte di giustizia, in particolare affermando che «*d'altro canto, se così non fosse, le strutture societarie non potrebbero funzionare in quanto, comunque, la presenza di un soggetto in minoranza non potrebbe garantire l'affermarsi della volontà della maggioranza*».
15. Cfr. art. 28, p. 2, della Direttiva 2014/25/UE. Il legislatore europeo ha
16. Si rinvia in tal senso a quanto già esposto in D.U. Galetta, G. Carullo, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di deframmentazione del sistema*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2016, pp. 386–387, anche in M. Cafagno; F. Manganaro (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 363.
17. Sul principio di effettività (o c.d. effetto utile dell'effetto diretto), v. per tutti D.-U. Galetta, *L'impatto del diritto UE sul sistema delle fonti nel diritto amministrativo*, in D.U. Galetta (a cura di), *Diritto amministrativo nell'Unione europea*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 18, la quale spiega che detto principio «*implica, infatti, una collaborazione attiva delle autorità degli Stati membri, al fine di garantire che le norme del diritto UE possano esplicare pienamente i loro effetti*».
18. Il potere dell'amministrazione di procedere in autotutela all'annullamento dell'aggiudicazione e, quindi, alla declaratoria di inefficacia del contratto è stato riconosciuto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 20 giugno 2014 n. 14. Più di recente in tal senso cfr. Cons. Stato, Sez. III, 28 novembre 2018, n. 6764; Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2018, n. 2601.
19. Si registra infatti un caso in cui la Commissione citò lo Stato italiano per veder dichiarato l'inadempimento rispetto alla direttiva appalti in ragione dell'affidamento di un singolo contratto da parte di un Comune, v. la sentenza della Corte di Giustizia del 17 luglio 2008, nella causa C-371/05, *Commissione / Italia*.
20. Sul pericolo di una procedura di infrazione per una prassi contraria ai principi di evidenza pubblica, v. ad esempio la sentenza della Corte di Giustizia, 8 aprile 2008, nella causa C-337/05, *Commissione / Italia*, relativa ad affidamenti diretti da parte dello Stato italiano all'Agusta S.p.A..