

Società a partecipazione pubblica e tutela non formale della concorrenza

Nota a Consiglio di Stato, sent. 6142/2021, Pres. C. Saltelli - Est. G. Grasso.

IN POCHE PAROLE ...

Le operazioni straordinarie che, a vario titolo e in varia forma, possono coinvolgere le società pubbliche non escludono sempre l'obbligo della disciplina ad evidenza pubblica, a tutela non formale ma sostanziale del principio di concorrenza.

Consiglio di Stato, [sentenza 12 dicembre 2021, n.6142](#), Pres. C. Saltelli - Est. G. Grasso.

“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”

Introduzione

La controversia, decisa dalla Sezione prima del TAR Milano con la sentenza n. 412/2021, ha ad oggetto un'operazione molto complessa che ha visto come protagoniste, da un lato, Ambiente Energia Brianza – AEB S.p.a., una società a totale partecipazione pubblica, e, dall'altro, A2A S.p.a., una società quotata in borsa con parte del capitale detenuto da soggetti privati.

In particolare, l'articolato progetto che si era venuto a creare prevedeva, tra le altre incombenze, il conferimento di assets da parte di A2A ed il successivo aumento di capitale sociale ed ingresso in AEB di un socio industriale di natura privata, con conseguente mutamento soggettivo delle partecipazioni e dei poteri di gestione ad esse correlati.

Il percorso caratterizzante questa fattispecie è stato molto articolato e non sempre lineare, ponendo in essere plurime operazioni straordinarie finalizzate a rendere il gruppo pubblico un soggetto maggiormente competitivo sui mercati di riferimento ed in grado di valorizzare al meglio le proprie eccellenze operative, incrementando il presidio territoriale.

A livello legislativo generale, l'art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016 (TUSP) prevede l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica per l'ipotesi di “alienazione o costituzione di vincoli su partecipazioni sociali delle Amministrazioni pubbliche”.

Il caso tipico preso in considerazione da questa disposizione normativa è la cessione di partecipazione a fronte di una somma di denaro.

Sebbene la fattispecie fosse diversa, perseguendo un approccio aderente al principio sostanzialistico, i giudici hanno nondimeno affermato come si sarebbe dovuto ricorrere comunque alla procedura competitiva per “stimolare la valorizzazione economica degli assetti aziendali da conferire e il confronto sulla loro effettiva utilità allo svolgimento dell’attività di impresa e alla realizzazione del fine pubblico per la quale viene esercitata”.

La decisione adottata in primo grado ha trovato apposita conferma e successivo sviluppo in sede di appello.

Nello stesso anno, infatti, il Consiglio di Stato, con la sentenza annotata, respingendo gli appelli proposti e richiamandosi a quanto sostenuto dal TAR milanese, ha enucleato una serie di principi di fondamentale importanza in questa materia.

La fattispecie

Intendendo cimentarsi nel tentativo di comprendere le tematiche affrontate in questa recente pronuncia, è opportuno richiamare in modo maggiormente dettagliato alcuni dei concetti poc’anzi sommariamente presentati.

Anzitutto, si considerino i soggetti coinvolti nel caso di specie. Ambiente Energia Brianza S.p.a. (AEB) è una società partecipata dal Comune di Seregno e da altri Enti locali, a sua volta controllante al 99,936% di RetePiù S.r.l., al 100% di Gelsia S.r.l. ed al 70% di Gelsia Ambiente S.r.l.

Queste ultime tre differenti società sono attive rispettivamente nei settori della distribuzione del gas naturale, dell’energia elettrica, della produzione di energia elettrica e termica, teleriscaldamento e gestione di calore, nonché dell’igiene urbana.

A2A S.p.a. è invece una società quotata, con un capitale sociale suddiviso in molteplici azioni, alcune delle quali detenute in misura paritaria dal Comune di Milano e dal Comune di Brescia ed altre, sia pure in parte residua, detenute da azionisti diversi, per il tramite del cosiddetto flottante di borsa. Quest’ultima società è a capo di un gruppo aziendale, denominato Gruppo A2A, che opera principalmente nei settori della produzione, vendita e distribuzione di gas naturale e di energia elettrica, del teleriscaldamento, dell’ambiente e del ciclo idrico integrato.

Passando ad un esame approfondito dei fatti concretamente verificatisi nel caso di specie, va detto che in data 17 ottobre 2019 le due società richiamate hanno deciso di avviare uno studio di fattibilità al fine di individuare 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”.

Lo stesso Comune di Seregno, quale partecipante della società Ambiente Energia Brianza, aveva approntato alcuni documenti di programmazione, delineando 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”. Tra le coordinate prospettate vi sono la garanzia del mantenimento del riferimento territoriale coerente con la storia centenaria del Gruppo, nonché la salvaguardia della sua identità ed il mantenimento dei livelli occupazionali e delle presenze fisiche sul territorio di riferimento.

Da questo derivava, quindi, la necessità di intraprendere un percorso strategico atto a realizzare un piano industriale che consentisse allo stesso Gruppo AEB, da un lato, di migliorare la propria redditività e di aumentare l’offerta di servizi, incrementando anche il numero dei clienti serviti, e, dall’altro, di disporre della

condizione tanto finanziaria quanto patrimoniale per affrontare le prossime gare di ambito nel comparto della distribuzione del gas naturale, nonché le altre “sfide” industriali che si sarebbero in futuro presentate. Il confronto tra le parti si è concluso con la sottoscrizione di un apposito Accordo Quadro, contenente i principali aspetti dell’operazione.

Nello specifico, l’intento perseguito aveva ad oggetto la realizzazione di una complessa aggregazione societaria articolata nei seguenti termini.

In primo luogo, l’acquisizione del 100% di A2A Illuminazione Pubblica S.r.l., quale società del Gruppo A2A, da parte di Unareti S.p.a., appartenente allo stesso gruppo. Da qui sarebbe seguita la 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 identificati nell’ambito del ramo di distribuzione del gas naturale.

A questo va aggiunto il conferimento in RetiPiù S.r.l., da parte di AEB, dei punti di riconsegna identificati nell’ambito dell’attività di distribuzione del gas naturale precedentemente scissa in Unareti, e l’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.

Il raggiungimento dell’assetto finale del Gruppo AEB si sarebbe ottenuto con la detenzione, a regime, da parte di AEB, dell’intero capitale sociale di RetiPiù, Gelsia e A2AIP e del 70% di Gelsia Ambiente. E così il 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.

Infine, era anche stata prevista la stipulazione di accordi parasociali ai fini della nomina dei componenti del consiglio di amministrazione, che sarebbero stati designati per metà da A2A S.p.a. e per metà dal Comune di Seregno, dell’amministratore delegato, designato da A2A S.p.a., previa consultazione del Comune di Seregno, con sottoposizione di AEB S.p.a. e delle società da questa controllate all’attività di direzione e di coordinamento di A2A S.p.a.

In definitiva, si tratta dunque di una vera e propria operazione straordinaria, volta a favorire le prospettive di sviluppo di AEB, pur mantenendone immutata la vocazione pubblica ed il collegamento con il territorio.

A questo punto, è fondamentale evidenziare alcuni tra i principali “pilastri della partnership” in esame. Anzitutto, vi era 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.

Al tempo stesso, si parlava di “mantenimento della maggioranza pubblica del capitale sociale” e di un assetto di governance che prevedesse un ruolo decisivo dei soci pubblici nelle decisioni strategiche e di particolare impatto sul territorio.

Da ultimo, si ricordino anche le previsioni concernenti la necessità di salvaguardare l’occupazione e l’indotto, l’incremento degli investimenti e dei livelli di servizio nelle attività eseguite dal gruppo nel territorio di riferimento, nonché il sostegno allo sviluppo nei diversi business ed alla crescita per aggregazione con imprese contigue nell’ambito regionale o extra-regionale.

Nello specifico, per poter raggiungere questi obiettivi, vi era stato il conferimento da parte di A2A degli assets che la stessa aveva ritenuto fondamentali per il proprio rafforzamento industriale.

In primo luogo, 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 della province di Milano e di Bergamo negli ambiti territoriali di MI4, BG1, BG2, BG3 e BG5, per un totale di circa 79mila punti di riconsegna.

In secondo luogo, dell'intero capitale sociale di A2A Illuminazione Pubblica S.p.a., società leader nelle attività di illuminazione pubblica con in gestione circa 232 mila punti luce in tutto il Paese. Con una simile integrazione di tali asset conferiti da A2A, AEB avrebbe, quindi, 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.

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

Ne è seguita la delibera di approvazione del Consiglio comunale di Seregno n. 17 del 20 aprile 2020.

Senonché, 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, sostenendo come l'operazione societaria avrebbe dato luogo ad una "cessione di quote di AEB (società pubblica) ad A2A (società quotata) senza avere 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 approvante un percorso giuridico che avrebbe portato alla "vendita mediante scissione del capitale sociale maggioritario senza il preventivo esperimento di procedura ad evidenza pubblica".

Si sosteneva, peraltro, l'integrazione del vizio di sviamento di potere, sull'assunto in base al quale attraverso tale delibera si sarebbe mirato a sottrarre la newco A2A Illuminazione Pubblica S.p.a. alla disciplina del d.lgs. n. 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".

Il TAR adito accoglieva il ricorso, evidenziando come, "pur non essendosi verificata una cessione di partecipazioni a fronte di una somma di denaro, [era] stato comunque corrisposto da AEB S.p.a. ad 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 della stesse in base ad un valore di cambio".

Da qui, si concludeva per la ritenuta elusione del regime di evidenza pubblica.

Avverso questa pronuncia, sono stati proposti più appelli, in seguito riuniti.

Con la medesima sentenza sono stati, però, ritenuti infondati ed in quanto tali respinti.

Le risposte del Consiglio di Stato

Quanto sostenuto dal Consiglio di Stato con la sent. n. 6142/2021 è particolarmente significativo e merita un'attenta analisi.

Anzitutto, emerge la centralità che il principio della concorrenza ha oramai assunto nel nostro ordinamento giuridico.

Le parti appellanti avevano tentato di mettere in luce una carenza di legittimazione e di interesse ad agire delle società precedentemente richiamate, ma il primo giudice, la cui opinione è stata confermata anche in sede di appello, ha riconosciuto la legittimazione delle stesse proprio alla luce del suddetto principio, sostenendo la necessità di tutelare 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, viene sottolineato anche come il fatto che le imprese ricorrenti non avrebbero mai potuto acquistare una partecipazione in AEB S.p.a. non escluda un loro 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 societaria ben avrebbe potuto prospetticamente dispiegare potenziali effetti pregiudizievoli. Si ricordi, infatti, come si trattasse di operatori economici operanti nei rami della installazione, manutenzione e riparazione degli impianti idraulici, di riscaldamento e condizionamento dell'aria e del commercio di combustibili.

Ma quello che più rileva in questa sede è il successivo ordine di motivi lamentati dagli appellanti, ossia il fatto che trattandosi di operazione straordinaria di matrice integralmente privatistica ed in quanto tale disciplinata esclusivamente dalle norme del diritto societario ex art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016, nell'assenza sia di cessione delle partecipazioni sociali pubbliche di AEB S.p.a., sia di neocostituzione di una società mista con selezione di un partner operativo privato, erroneamente la sentenza avrebbe valorizzato, con il 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 pubblico.

Sono proprio queste doglianze a consentire al Consiglio di Stato di fare alcuni fondamentali chiarimenti in materia.

L'Autorità giudicante, nel ritenere non fondato il motivo di gravame, specifica anzitutto come, alla luce dei fatti verificatisi nella fattispecie in esame, si sia realizzata una programmata aggregazione industriale tra A2A S.p.a. ed Ambiente Energia Brianza S.p.a., che è una società multiutility industriale a totale partecipazione pubblica, operante in diversi settori 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.

Tanto è vero che gli originari ricorrenti, così come rileva la stessa sentenza in seguito impugnata, assumevano che l'intera operazione, nella sua articolata strutturazione, si sarebbe risolta nella "sostanziale" cessione delle partecipazioni sociali da parte dell'Amministrazione comunale, realizzata, però, senza il previo e necessario esperimento di una procedura ad evidenza pubblica.

Diversamente, nella critica posta in essere dalle 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 la correlativa ed insindacabile fungibilità negoziale della programmata fusione.

È lo stesso Consiglio di Stato ad osservare come il d.lgs. n. 175/2016 non contenga una disciplina espressamente dedicata alle cosiddette operazioni societarie straordinarie. Infatti, l'art. 1, commi 1 e 3 del Testo Unico chiarisce che la normativa introduce una regolamentazione di singole vicende organizzative delle società a partecipazione pubblica, come ad esempio la costituzione e l'acquisto di partecipazioni pubbliche, mentre per tutto quanto non espressamente convenuto è necessario fare riferimento alla normativa societaria di diritto comune.

Una tale regola residuale, che rinvia alle fonti generali del diritto societario, costituirebbe, ad opinione dell'organo giudicante, la sintesi di un'opzione di politica legislativa confermativa della "natura essenzialmente privatistica" delle Società a partecipazione pubblica e si porrebbe come "architrave della regolamentazione del settore, nel senso che, alla luce di un fondamentale canone di proporzionalità e di sussidiarietà, l'applicazione della disciplina pubblicistica debba trovare volta a volta fondamento, a geometria variabile, in presenza di cogenti ragioni giustificative, normativamente codificate".

Una simile concezione può essere già riscontrata nell'impianto dello stesso Codice civile, nel quale 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., disposizione normativa considerata comunque incapace di interferire con la causa della società e ritenuta neutrale sotto il profilo della natura dell'ente.

A questo punto, si potrebbe porre il seguente quesito: l'assenza di una specifica e puntuale disciplina delle operazioni straordinarie concluse da società a partecipazione pubblica legittima l'inferenza in base alla quale esse non possano in concreto presentare caratteri peculiari che valgano a giustificare la sottoposizione ad un regime normativo in parte differenziato?

La risposta negativa fornita dal Consiglio di Stato si fonda, in primo luogo, proprio sulla disciplina normativa vigente.

Il d.lgs. n. 175/2016 contiene alcuni riferimenti espliciti alle operazioni concernenti rispettivamente la variazione del capitale sociale, la trasformazione, la fusione e la scissione.

Si possono richiamare l'art. 7, comma 7, lett. b), con riguardo all'atto deliberativo della Pubblica Amministrazione di procedere alla trasformazione della società partecipata, e l'art. 8, comma 1, che prende in esame l'atto deliberativo che programmi l'acquisto, tramite aumento di capitale sociale o altre operazioni straordinarie, di partecipazioni in società già costituite.

A queste disposizioni normative il Consiglio di Stato aggiunge anche gli artt. 14, comma 5, e 20, commi 1, 2 e 5, i quali attengono, rispettivamente, alle possibilità di ricorrere ad operazioni straordinarie ai fini del ripianamento delle perdite del capitale sociale ed all'obbligo per le Amministrazioni 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).

Tuttavia, le norme dettate per regolamentare singoli aspetti delle società partecipate possono interferire con la disciplina generale del tipo sociale ed esprimere di conseguenza una specifica caratterizzazione del modello organizzativo.

A fronte di un simile scenario è allora necessario operare un coordinamento tra la disciplina generale contenuta nel capo X, sezioni I, II, III, del Codice civile con le disposizioni introdotte dal TU per le società pubbliche.

Nella recente pronuncia, il giudice di appello spiega come questo carattere singolare dei "processi di ristrutturazione e riorganizzazione deliberati da società a partecipazione pubblica ed affidati alle multiformi tecnicità delle operazioni societarie straordinarie" possa dipendere da quattro distinti fattori.

In primo luogo, dalla presenza di aspetti peculiari impressi al modello organizzativo dalla regolamentazione di settore.

A questo è stato affiancato anche il rilievo che assumono i principi eurocomunitari in tema di intervento pubblico nell'economia o le contingenti esigenze di contrazione della spesa pubblica nazionale.

In terzo luogo, si richiama la necessità di salvaguardare il principio di apertura concorrenziale del mercato e da ultimo il 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.

In particolare, si precisa come le società partecipate possano essere interessate da operazioni straordinarie di ristrutturazione per ragioni di carattere produttivo, tecnologico, commerciale-finanziario o anche amministrativo.

Se le ragioni produttive si riscontrano soprattutto quando si persegue l'obiettivo di associare complessi produttivi per massimizzare le efficienze nel godimento dei fattori della produzione, quelle di carattere più prettamente amministrativo sono proprie di quelle operazioni societarie preordinate alla razionalizzazione dell'organigramma ed alla riduzione dei costi di gestione.

Inoltre, ragioni tecnologiche e commerciali-finanziarie si perseguono, rispettivamente nel caso in cui, ad esempio, l'operazione consenta l'acquisizione di uno specifico bene immateriale o know how ovvero a fronte dell'obiettivo di perseguire, sempre a titolo esemplificativo, le integrazioni tra singole fasi delle attività di produzione e commercializzazione nonché, con riguardo alle ragioni più propriamente di stampo finanziario, nel caso in cui con la ristrutturazione si voglia attuare un piano di riequilibrio degli assetti societari.

Del resto, questi obiettivi di integrazione, razionalizzazione, valorizzazione o contingentamento delle risorse sono strettamente collegati 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.

Il Consiglio di Stato sostiene come vada letto proprio in questa prospettiva il disposto dell'art. 20 del Testo Unico.

In particolare, il primo comma della disposizione normativa, che prevede che le Amministrazioni Pubbliche effettuino 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. Ed anche il quinto comma dello stesso articolo, che illustra al contempo dei piani di riassetto, evidenziando come gli stessi possano prevedere anche la dismissione o l'assegnazione in virtù di operazioni straordinarie delle partecipazioni societarie.

Alla luce di quanto messo in luce, emerge come l'adozione di una delibera di fusione e scissione di società partecipata non sia in quanto tale sottoposta ai vincoli del procedimento aggravato, contemplato per l'operazione di trasformazione ai sensi dell'art. 7, comma 7, TU.

Tuttavia, non si può non tenere conto del fatto che le operazioni di fusione e scissione siano idonee a produrre delle modificazioni dell'assetto organizzativo non meno invasive e radicali rispetto alle operazioni di trasformazione.

Dunque, si deve ritenere che, quantomeno in alcune fattispecie, come è accaduto proprio nella vicenda in esame, la deliberazione di fusione e scissione di società partecipate debba senz'altro sottostare alle procedure decisionali predeterminate dall'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.

Nello specifico, la sentenza oggetto di esame richiama due distinti casi. Anzitutto, quello attinente ad operazioni societarie di fusione e scissione che comportino anche l'effetto del mutamento del modello organizzativo.

Inoltre, è riportata anche l'ipotesi di operazioni di fusione e scissione che determinino, per la complessità dell'operazione di ristrutturazione concretamente congegnata, anche la costituzione di un nuovo ente. Basti pensare alla fusione tra due società in favore di una società di nuova costituzione o ad una scissione parziale in favore di una società di nuova costituzione. In una chiave di lettura di carattere funzionale ed attenta all'analisi degli interessi rilevanti che concretamente entrano in gioco, sembra emergere come la fusione e la scissione rappresentino vicende complesse, non riconducibili sic et simpliciter al piano di mera costituzione di società.

In ogni caso, resta fermo il fatto 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, non si possono eludere i vincoli stabiliti in tema di società cosiddette miste.

Qualora l'operazione risulti funzionale alla creazione di una società mista destinata ad organizzare e gestire un servizio di interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato, l'operazione in esame dovrà essere progettata in modo tale che l'individuazione del soggetto deputato a divenire il futuro socio privato della società derivante dalla fusione o dalla scissione avvenga mediante meccanismi di selezione con esperimento di procedure aperte o, nei casi previsti dalla legge, di procedure competitive di negoziazione ex art. 7, comma 5, così come la quota di partecipazione da assegnare al socio privato non dovrà essere inferiore al trenta per cento ex art. 17, comma 1 TUSP.

Nel caso, invece, in cui la società derivante dall'operazione straordinaria fosse destinata ad operare in house in favore di una o più Amministrazioni, il relativo progetto di fusione o scissione dovrà obbligatoriamente programmare anche l'introduzione di limiti stringenti entro i quali ammettere la partecipazione del socio privato, la quale non potrà comportare un controllo o un potere di veto né l'esercizio di un'influenza dominante sulla società, dovendo mantenere uno spessore del tutto marginale, come precisa il Consiglio di Stato.

Un'ipotesi in cui risulta sussistere un tipico interesse ad una fusione o scissione di società partecipata è proprio quello oggetto di esame in questa sede, ossia quello di società cosiddette multiservizi (multiutility), spesso partecipate da un Ente pubblico locale e destinate allo svolgimento tanto di servizi locali quanto di servizi cosiddetti strumentali.

A fronte dei vincoli di esclusività previsti dalla stessa normativa nazionale, una Pubblica Amministrazione, 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.

Al tempo stesso, una società partecipata può progettare una fusione con una società privata, al fine di creare una società a partecipazione mista pubblico-privata per le finalità di organizzare e gestire un servizio di interesse economico generale in regime di partenariato ex art. 4, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 175/2016.

Anche in questo caso dovranno sussistere i requisiti indicati nell'art. 17 TUSP sopra richiamati, ossia il progetto di fusione deve "esattamente indicare la società privata selezionata attraverso una procedura ad evidenza pubblica", precisando per di più 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.

Tutti gli aspetti qui richiamati sono stati espressamente tenuti in considerazione nella risoluzione del caso di specie.

Infatti, il TAR, così come il Consiglio di Stato in sede di appello, ha riacquisito l'argomento più strettamente formalistico prospettato dalle parti in giudizio.

esclusivamente le disposizioni previste dal Codice civile in tema di società e con esse le norme generali di diritto privato.

Pur in assenza di una vera e propria cessione di partecipazioni a fronte di una somma di denaro, era stato, però, 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.

A fronte della ratio dell'assoggettamento alla regola evidenziale, ossia quella di ritrarre dalla competizione la massima valorizzazione economica delle azioni cedute, non si è vista ragione alcuna per negarne la sussistenza anche nell'ipotesi, ricorrente nella specie, di "attribuzione della partecipazione societaria mediante conferimenti".

Questo è stato affermato prendendo in considerazione la situazione concreta. L'attribuzione della partecipazione societaria, a fronte del conferimento del ramo d'azienda, "avrebbe di fatto consentito l'ingresso in AEB 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". Allora, proprio la programmata modificazione delle partecipazioni all'interno di AEB 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".

La scelta del partner industriale, in grado di esercitare un controllo di fatto sul gestore del servizio, sarebbe dovuta avvenire in forma competitiva, alla luce dei principi di concorrenza e di par condicio. Si sarebbe dovuta applicare la regola contenuta nell'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016, senza che potessero valere sia le clausole contenute negli accordi quadro e nei patti parasociali allegati alla deliberazione impugnata, in quanto non costituenti ragioni di deroga alla regola dell'evidenza pubblica, sia l'assunto della pretesa infungibilità dell'operazione, che, proprio in quanto rappresentante una eccezione alla regola dell'evidenza pubblica, avrebbe dovuto 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 società AEB fosse l'integrazione industriale con la società A2A S.p.a., in ragione delle peculiari caratteristiche di quest'ultima, non replicabili sul mercato di riferimento.

Principio di diritto

Il Consiglio di Stato, dichiarando l'infondatezza degli appelli, statuiva il seguente principio di diritto: "[...] le operazioni straordinarie che, a vario titolo e in varia forma, coinvolgano 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".

Le richiamate statuizioni costituiscono un'importante presa di posizione del Consiglio di Stato in merito alla necessità di ricorrere a procedure ad evidenza pubblica per la selezione di partner privati da parte di società pubbliche operanti nei settori dei servizi pubblici, al fine di garantire un pieno rispetto del principio della tutela della concorrenza e con esso al tempo stesso anche dei vincoli nazionali e sovranazionali vigenti in materia.

Dott. Alessandro Sorpresa