

RELAZIONE DEL COLLEGIO SINDACALE DI A2A S.P.A. RELATIVA ALLA DENUNCIA PERVENUTA DAL SOCIO TOMMASO MARINO

In data 22 Settembre 2021, il Socio Tommaso Marino (**"il Socio"**) ha richiesto al Collegio Sindacale di A2A S.p.A. (**"A2A"**) un approfondimento circa la fusione LGH-A2A. Una copia della denuncia inviata dal Socio tramite messaggio di posta elettronica certificata è allegata alla presente.

In particolare, il Socio ha domandato: *"La presente per chiedere un approfondimento circa la fusione in oggetto, alla luce di una precedente fusione dello stesso tipo dichiarata nulla dal Consiglio di Stato, relativa ad A2A- AeB.*

Si chiede, in particolare, se la fusione in questione non sia da considerarsi illecita e/o illegittima, alla luce della delibera ANAC allegata, che sancisce violazione di legge circa l'acquisto del 51% di azioni LGH da parte di A2A, presupposto che potrebbe dar luogo a dichiarazione di nullità della fusione, con conseguente spreco di risorse economiche.

Inoltre si chiede anche di valutare la vicenda alla luce del ritiro della delibera da parte del Comune di Pavia, che l'aveva calendarizzata al 20 settembre c.a.

Si chiede infine di accertare quali e quanti comuni non abbiano votato in merito alla fusione in oggetto, fattispecie lamenta da consiglieri 5 stelle (Link sottostante).

https://www.radiolombardia.it/2021/09/21/fusione-a2a-e-lgh-m5s-lombardia-sia-fatta_chiarezza/".

(Si allega alla presente l'articolo collegato al link).

Il Socio ha trasmesso con la denuncia il possesso titoli e delibera Anac 2018, con la quale l'autorità censura l'acquisto del 51% di azioni LGH da parte di A2A" (entrambi allegati alla presente).

Alla data del 22 Settembre 2021, il Socio risultava titolare di n. 1 azione di A2A S.p.A.

Tutto ciò premesso, il Collegio Sindacale ritiene che:

In nessun caso dalla Nota ANAC Ufficio Vigilanza Centrali di Committenza e Concessioni di Servizi del 13 marzo 2017, prot. n. 38120 (allegata alla presente) e dalla delibera ANAC Ufficio Vigilanza Centrali di Committenza e Concessioni di Servizi del 21 febbraio 2018, prot. n. 172 potrebbe derivare una dichiarazione di nullità della fusione. A tale riguardo il TAR Lazio, con la sentenza sezione I, 2 ottobre 2019, n. 12074 (allegata alla presente), avente ad oggetto proprio la Nota ANAC Ufficio Vigilanza Centrali di Committenza e Concessioni di Servizi del 13 marzo 2017, prot. n. 38120 e la delibera del 21 febbraio 2018 prot. n. 172 ha già chiarito che l'ANAC *“non è dotata di poteri di supremazia gerarchica nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, così da poter ipotizzare un potere di annullamento per vizi di legittimità dei provvedimenti da queste adottati in tema di affidamento di contratti pubblici”* sicché la *«delibera impugnata, è priva di contenuti precettivi nei confronti del soggetto vigilato, poiché l'Autorità si è limitata ad esporre la propria interpretazione, tenuto conto della normativa di riferimento, circa la corretta qualificazione giuridica dell'operazione societaria posta in essere dalle parti ricorrenti. L'atto impugnato, quindi, ha la medesima natura di un parere non vincolante»*.

La questione della deliberazione del Consiglio Comunale di Pavia non coinvolge alcuna competenza di A2A o di LGH S.p.A.

La richiesta di accertare quali e quanti comuni non abbiano votato in merito alla fusione in oggetto non è pertinente dal momento che non riguarda A2A bensì fatti attinenti ai soci dell'incorporanda.

Per quanto sopra, il Collegio Sindacale ritiene di avere esaurientemente risposto alle richieste presentate dal Socio Tommaso Marino in data 22 Settembre 2021.

Milano, 1 ottobre 2021

IL COLLEGIO SINDACALE

(F.to Giacinto Sarubbi)	-	Presidente
-------------------------	---	------------

(F.to Maurizio Leonardo Lombardi)	-	Sindaco effettivo
-----------------------------------	---	-------------------

(F.to Chiara Segala)	-	Sindaco effettivo
----------------------	---	-------------------

Allegati: c.s.

Da: tommasomarino@pec.it
Inviato: mercoledì 22 settembre 2021 21:36
A: a2a@pec.a2a.eu; assemblea2021@pec.a2a.eu; giacintosarubbi@legalmail.it
Oggetto: Fusione LGH -A2A. Denuncia al Collegio Sindacale ex art. 2408 c.c.
Allegati: a2apossesso.pdf; Deliberaanac2018.pdf

Al Collegio Sindacale di A2A nella persona del suo presidente
dott. Gaetano Sarubbi
giacintosarubbi@legalmail.it
Sede

La presente per chiedere un approfondimento circa la fusione in oggetto, alla luce di una precedente fusione dello stesso tipo dichiarata nulla dal Consiglio di Stato, relativa ad A2A- AeB.

Si chiede, in particolare, se la fusione in questione non sia da considerarsi illecita e/o illegittima, alla luce della delibera ANAC allegata, che sancisce violazione di legge circa l'acquisto del 51% di azioni LGH da parte di A2A, presupposto che potrebbe dar luogo a dichiarazione di nullità della fusione, con conseguente spreco di risorse economiche.

Inoltre si chiede anche di valutare la vicenda alla luce del ritiro della delibera da parte del Comune di Pavia, che l'aveva calendarizzata al 20 settembre c.a.

Si chiede infine di accertare quali e quanti comuni non abbiano votato in merito alla fusione in oggetto, fattispecie lamenta da consiglieri 5 Stelle (Link sottostante).

Si allega possesso titoli e delibera Anac 2018, con la quale l'autorità censura l'acquisto del 51% di azioni LGH da parte di A2A.

Si allega possesso titoli.

Con riserva di domande pre-assembleari sul tema.

Distinti saluti.

Dott. Tommaso Marino

<https://www.radiolombardia.it/2021/09/21/fusione-a2a-e-lgh-m5s-lombardia-sia-fatta-chiarezza/>

Fusione A2A e LGH, M5S Lombardia: sia fatta chiarezza.

Da **Luca Levati** - 21 Settembre 2021



Il consigliere regionale M5S, Marco degli Angeli

Richieste di accesso agli atti a tappeto nei comuni delle province di Pavia, Lodi, Cremona e Brescia e alle società partecipate. È l'iniziativa del gruppo regionale del Movimento Cinque Stelle volta a fare completa luce sulla vicenda che riguarda le

fusioni in A2A delle partecipate comunali.

«L'obiettivo è quello di chiedere copia delle delibere comunali, atti di indirizzo consiliari nonché copia dei verbali del Consiglio di Amministrazione attraverso cui è stata autorizzata la cessione della propria quota azionaria a favore di A2A» spiegano i promotori dell'iniziativa, i consiglieri: Alberti, Degli Angeli, Fumagalli e Verni.

Spiega Degli Angeli: «Ritengo sia un fatto molto grave, che i sindaci di alcuni comuni soci abbiano espressamente dichiarato di non aver mai deliberato la suddetta fusione. Per questo motivo, come gruppo consiliare del M5s è nostra premura raccogliere le delibere e documenti amministrativi, di tutti i Comuni interessati dalla fusione nelle province di Pavia, Lodi, Cremona e Brescia, utili e necessari all'Anac e alla Corte dei Conti, così da poter procedere ad un'integrazione documentale volta a far luce sulla questione».

L'intento, quindi, è quello di comprendere quali Comuni abbiano deliberato e quali no sulla fusione. «Infatti» conclude Degli Angeli: «se già l'Anticorruzione ha bocciato l'operazione di fusione, ora resta da capire se sussista o meno la responsabilità di un eventuale danno erariale. Mi auguro che i Comuni e le società private sapranno collaborare fornendo i documenti che abbiamo richiesto, in un'ottica di trasparenza».

Commenti FB



Luca Levati



Comunicazione ex art 23 del Provvedimento congiunto CONSOB/Banca d'Italia del 22 febbraio 2008 e successive modifiche e integrazioni (c.d. "Provvedimento Post Trading")

Intermediario che effettua la comunicazione ABI (conto MT) 60673

CAB 01600

Ultimo intermediario, se diverso dal precedente, o Intermediario cedente in caso di trasferimento tra intermediari

ABI

CAB

denominazione

Data rilascio 12 Gennaio 2021

N. prog. annuo 0004/2021	Codice Cliente 713254
-----------------------------	--------------------------

A richiesta di _____

MARINO TOMMASO
VIA SILVIO PELLICO, 703
21042 CARONNO PERTUSELLA (VA)
C.F. MRNTMS63T13F217W

Luogo e data di Nascita
MINEO(CT) 13/12/1963

La presente comunicazione, con efficacia sino al 31/12/2021 attesta la partecipazione al sistema di gestione accentrata del nominativo sopra indicato con i seguenti strumenti finanziari:

codice	descrizione strumenti finanziari	quantità
IT0001233417	A2A SPA	1=

Su detti strumenti finanziari risultano le seguenti annotazioni:

I titoli sono bloccati fino a data efficacia certificazione

La presente certificazione viene rilasciata per l'esercizio del seguente diritto:

Qualsiasi diritto riservato al socio

IW BANK SPA

IW Bank S.p.A.

Sede Legale e Amministrativa:
Piazzale Fratelli Zavattari, 12 - 20149 Milano (MI).
Indirizzo PEC: iwbank@pecgruppoubi.it
Sito internet: www.iwbank.it
E-mail: info@iwbank.it

Aderente al Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi e al Fondo Nazionale di Garanzia. Capitale Sociale Euro 67.950.000,00 i.v..
Appartenente al Gruppo Iva UBI con partita IVA 04334690163.
Codice Fiscale e Registro Imprese di Milano, Monza Brianza, Lodi n. 00485260459, ABI 03083.3. Iscritta al n. 5365 dell'Albo delle Banche

e all'Albo dei Gruppi Bancari.
Società con socio unico, soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Intesa Sanpaolo S.p.A. ed appartenente al Gruppo Bancario Intesa Sanpaolo.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 172 del 21 febbraio 2018

Fascicolo n. 2789/2016

Oggetto: Acquisizione da parte di A2A S.p.A. del 51% del capitale sociale di Linea Group Holding S.p.A.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 ed il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Centrali di Committenza e Concessioni di Servizi

Premessa

A seguito dell'esposto dell'avv. Ilaria Battistini in nome e per conto di alcuni cittadini, Consiglieri Regionali e Parlamentari del Movimento 5 Stelle acquisito al prot. Anac n. 32603 del 26.2.2016, l'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture ha avviato un procedimento di vigilanza per verificare la legittimità dell'acquisizione da parte di A2A S.p.A. del 51% del capitale sociale di Linea Group Holding S.p.A. (di seguito anche LGH).

Con la lettera di comunicazione di avvio dell'istruttoria (prot. n. 97784 del 21.6.2016) l'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture ha richiesto informazioni e chiarimenti sia alla società A2A, che ai soci di LGH, che hanno riscontrato nei termini, fornendo la documentazione ed i chiarimenti richiesti.

Valutata la documentazione trasmessa, l'Ufficio Vigilanza Centrali di Committenza e Concessioni di Servizi, a cui a decorrere dal 1 gennaio 2017 sono state attribuite le funzioni di vigilanza sugli affidamenti nell'ambito dei servizi pubblici locali e delle società partecipate, ha inviato alle parti la comunicazione di risultanze istruttorie (CRI) al fine di acquisire controdeduzioni sui rilievi ivi formulati.

AEM Cremona S.p.A., ASM Pavia S.p.A., ASTEM S.p.A. e SCS S.r.l. hanno formulato le proprie controdeduzioni con note acquisite al prot. Anac n. 53967/2017; 55739/2017; 53490/2017; 54895/2017; 53960/2017; 54272/2017; 53963/2017 e 54611/2017.

Anche A2A S.p.A. ed LGH S.p.A. hanno riscontrato la CRI, con note acquisite al prot. Anac nn. 51820/2017 e n. 45207/2017, indicando la rispettiva composizione societaria così come modificata a seguito del *closing* dell'operazione avvenuto il 4 agosto 2016.

I soci di LGH hanno inoltre presentato richiesta di audizione dinnanzi al Consiglio per formulare anche oralmente le proprie controdeduzioni, che si è tenuta nel corso dell'adunanza del 14 giugno 2017.

Espletati gli incombeni previsti dal Regolamento di vigilanza del 9 dicembre 2014, applicabile *ratione temporis* alla presente istruttoria, ed esaminata la documentazione in atti, è emerso conclusivamente quanto segue.

1. Fatto

1.1. La società Linea Group Holding S.p.A (LGH)

Linea Group Holding S.p.A. è una società *multiutility* industriale che, tramite le società da essa controllate, gestisce servizi pubblici locali di rilevanza economica ai sensi dell'art. 112 comma 1 del d.lgs. 267/2000 nelle province lombarde di Cremona, Pavia, Lodi e Brescia.

Più in particolare, le società controllate da LGH operano nei seguenti settori:

- servizio di igiene urbana (Linea Gestioni Srl);
- gestione integrata dei rifiuti (Linea Ambiente Srl);
- erogazione del gas metano, progettazione, costruzione e manutenzione della rete (LD Reti Srl);
- commercializzazione di gas metano ed energia elettrica (Linea Più Spa);
- gestione di impianti di trattamento rifiuti e sistemi di teleriscaldamento di Cremona e Lodi (Linea Reti Impianti Srl);
- produzione di energia termica ed elettrica, in prevalenza da fonti rinnovabili (Linea Energia S.p.A.);
- erogazione dei servizi ICT (Linea Com S.r.l.).

L'intero pacchetto azionario di LGH era detenuto, al momento dell'esposto, dalle società COGEME S.p.A, A.E.M. Cremona S.p.A., S.C.R. S.r.l., A.S.M. Pavia S.p.A. e ASTEM S.p.A., società pubbliche a loro volta integralmente partecipate da enti pubblici locali, tra cui i comuni di Cremona, Crema, Lodi, Pavia e Rovato.

Precisamente A.E.M. Cremona era proprietaria di azioni rappresentanti il 30,92% del capitale sociale della LGH; COGEME del 30,92%; A.S.M. del 15,9%; ASTEM del 13,22% ed S.C.S. del 9,05% del capitale sociale.

LGH, pertanto, pur non essendo controllata direttamente da enti locali, era da essi controllata in modo indiretto tramite le società partecipate dagli stessi enti locali.

1.2. La società A2A S.p.A.

La A2A S.p.A. - anch'essa una *multiutility* - gestisce servizi pubblici locali di rilevanza economica ai sensi dell'art. 112 comma 1 del d.lgs. 267/2000 nelle province di Brescia e Milano.

Quotata in Borsa dal 2001, opera nei mercati della produzione, distribuzione e vendita di energia elettrica, della vendita e distribuzione del gas naturale, della produzione, distribuzione e vendita di calore tramite reti di teleriscaldamento, della gestione dei rifiuti e della gestione del ciclo idrico integrato.

Il pacchetto azionario di A2A è detenuto dal Comune di Milano (25%), dal Comune di Brescia (25%) dalla Norges Bank (2,1%) e dalla stessa A2A (0,9%).

Il capitale sociale flottante, pari al 47%, è detenuto per il 26,3% da investitori istituzionali britannici, il 24,9% da investitori italiani, il 15,0% da investitori statunitensi. Sono inoltre presenti investitori istituzionali francesi (10,6%), lussemburghesi (8,8%) e tedeschi (4,1%). Gli investitori retail sono circa 95.000 e detengono il 16,2% del capitale sociale¹.

1.3 L'iter dell'operazione

In data 9 novembre 2015 A2A ha formulato ai soci di LGH un'offerta vincolante (successivamente precisata in alcuni punti il 18 novembre 2015) avente ad oggetto i principali termini e condizioni della possibile "partnership industriale" tra LGH e A2A per l'acquisto del 51 % del capitale di LGH da parte di A2A.

¹ Dati elaborati sulla base del libro soci aggiornato alla data di distribuzione del dividendo del 24 Giugno 2015 (fonte www.a2a.eu/it).

All'esito dell'iter di approvazione della prospettata operazione da parte dei rispettivi organi sociali, in data 12 gennaio 2016 i soci di LGH hanno accettato l'offerta vincolante.

In data 4 marzo 2016 i soci di LGH hanno sottoscritto un «accordo di partnership» (di seguito Accordo) con la A2A S.p.A. per disciplinare i termini e le condizioni della prospettata «operazione di integrazione» tra LGH e A2A da realizzarsi mediante l'acquisizione, da parte di A2A, del 51% del capitale sociale di LGH, a fronte del pagamento di un corrispettivo complessivo pari ad Euro 113.297.686,00 di cui:

- Euro 65.990.779,20, corrispondente al 58,25% del prezzo, in denaro;
- Euro 47.306.906,80, corrispondente al 41,75% del prezzo, in azioni di A2A.

L'obbligo di A2A e dei soci di LGH di procedere all'esecuzione dell'Accordo era sospensivamente condizionato all'avveramento di alcune condizioni, ivi compreso il rilascio dell'autorizzazione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, relativamente al procedimento di concentrazione nei confronti di A2A in quanto soggetto che, per effetto dell'esecuzione dell'Accordo, avrebbe controllato LGH (la comunicazione di avvio dell'istruttoria Anac è stata inviata per conoscenza all'Agcm).

Con delibera del 28 luglio 2016 l'Agcm ha autorizzato l'acquisizione del controllo di LGH da parte di A2A, imponendo, tuttavia, alcune misure correttive ai sensi dell'art. 6 comma 2 della legge n. 287/90, in quanto, nel corso dell'istruttoria, era emerso che l'operazione avrebbe costituito una posizione dominante nel mercato lombardo del trattamento dei rifiuti urbani indifferenziati, con effetti pregiudizievoli per gli utenti finali, poiché riguardava i due principali soggetti del mercato di riferimento.

Per rendere compatibile con la concorrenza l'operazione, l'Agcm ha imposto ad A2A misure sia strutturali, che obbligano la società a cedere un impianto e a mettere a disposizione di terzi la capacità di trattamento dei rifiuti, sia comportamentali, che impongono obblighi di accesso ai propri impianti a condizioni non discriminatorie e vincoli ai prezzi di conferimento praticati dalla società.

Le misure comportamentali imposte ad A2A saranno efficaci immediatamente dopo il *closing* dell'operazione, quelle strutturali saranno attuate secondo un calendario che sarà oggetto di stretto monitoraggio da parte dell'Agcm.

A seguito della delibera dell'Agcm, e dell'avveramento delle altre condizioni sospensive previste nell'accordo del 4 marzo, in data 4 agosto 2016 i Soci LGH ed A2A hanno proceduto al "closing" dell'operazione, dando esecuzione all'accordo del 4 marzo 2016.

Con atto a rogito del Notaio Edmondo Todeschini di Milano Rep. 21208 Racc. 8662 del 4 agosto 2016, i soci di LGH hanno venduto ad A2A (ciascuno in percentuale rispetto alla propria partecipazione) la piena proprietà di n. 96.642.000 azioni, pari al 51% del capitale di LGH, per un prezzo complessivo di € 98.894.195,21 corrisposto in parte in denaro, in parte in azioni proprie di A2A S.p.A.

Il 4 agosto 2016 si è tenuta, altresì, l'assemblea dei soci di LGH che, tra l'altro, ha deliberato l'adozione del nuovo statuto ed ha nominato il nuovo CDA.

A seguito del closing, le percentuali di partecipazione nel capitale sociale di A2A da parte dei venditori risultano le seguenti (per un totale dell'1,31%):

- Cogeme S.p.A. 0,40%
- AEM Cremona S.p.A. 0,39%
- ASM Pavia S.p.A. 0,20%
- Astem S.p.A. 0,14%
- SCS S.r.l. 0,09%.

LGH ha comunicato che a seguito dell'operazione di cessione, le percentuali di partecipazione al capitale sociale risultano essere le seguenti:

- Cogeme S.p.A. 15,1483500416 %
- AEM Cremona S.p.A. 15,1483500416 %
- ASM Pavia S.p.A. 7,7919796729 %
- Astem S.p.A. 6,4782898061 %
- SCS S.r.l. 4,4330299945 %
- A2A S.p.A. 51,0000004433.

2. Inquadramento giuridico

2.1. L'affidamento la gestione di servizi pubblici locali

I servizi pubblici locali, a seguito dell'abrogazione referendaria avvenuta a giugno del 2011 dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008 e della sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale (che ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 del d.l. 138/2011, convertito in legge n. 148/2011 per contrasto con l'art. 75 Cost., ossia per il fatto di contrastare con l'esito referendario) sono regolati, ad oggi, nell'ordinamento nazionale, dalla normativa comunitaria, che richiede l'applicazione di regole concorrenziali per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica.

Secondo la normativa comunitaria gli enti locali possono procedere ad affidare la gestione dei servizi pubblici locali attraverso 3 modelli:

- a) esternalizzazione a terzi mediante procedure ad evidenza pubblica. I possibili modelli procedurali sono: appalto di lavori e/o servizi; concessione di lavori e/o servizi; concessione di costruzione e gestione; project financing; finanziamento tramite terzi secondo le disposizioni in materia di appalti e concessioni di servizi;
- b) società mista pubblico-privata di cui all'art. 3 comma 15 ter del d.lgs. 163/2006, oggi sostituito dall'art. 3 del d.lgs. 50/2016 (si tratta di una delle tipologie di Partenariato Pubblico Privato Istituzionalizzato -PPPI);
- c) affidamento diretto a società a totale capitale pubblico corrispondente al modello cd. in *house providing*, purché sussistano i requisiti previsti dall'ordinamento comunitario e vi sia il rispetto dei vincoli normativi vigenti.

La società A2A, pur essendo partecipata al 50% dai Comuni di Milano e Brescia non può considerarsi una società *in house* dei suddetti Comuni, in quanto difettano i presupposti di tale modello organizzativo, elaborati dalla giurisprudenza comunitaria ed oggi codificati dall'art. 5 comma 1 del d.lgs. 50/2016.

Pertanto, la fattispecie oggetto di istruttoria concerne l'affidamento di servizi tramite il modello della società mista.

2.2. Disciplina applicabile

Per quanto riguarda la disciplina applicabile, si osserva che l'intera operazione, a partire dall'offerta vincolante di A2A (9 novembre 2015), passando attraverso l'accettazione dei soci di LGH (12 gennaio 2016), fino all'accordo del 4 marzo 2016, si colloca, *ratione temporis*, in data antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 che ha recepito le direttive comunitarie del 2014.

L'Accordo del 4 marzo 2016 infatti è il contratto con il quale sono state assunte le obbligazioni delle parti ed è sorta l'operazione, sebbene l'obbligo di procedere all'esecuzione fosse condizionato all'avveramento di alcune condizioni sospensive indicate nell'accordo stesso, tra cui l'ottenimento dell'autorizzazione dell'Agcm (cfr. art. 4.1. dell'Accordo).

L'atto notarile del 4 agosto 2016 appare essere una mera esecuzione delle pattuizioni contrattuali già assunte e perfezionate il marzo 2016.

In tal caso, quindi, anche alla luce della disciplina transitoria contemplata nell'art. 213 del d.lgs. 50/2016, deve ritenersi applicabile alla fattispecie il d.lgs. 163/2006 e, in particolare, le specifiche previsioni dell'art. 1, comma 2, dello stesso.

2.3. La necessità della gara nel caso di società mista

L'art. 1 comma 2 del d.lgs. 163/2006 prevede che «nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica». Tale disposizione è stata oggetto di interpretazione da parte della giurisprudenza amministrativa la quale ha osservato che la norma risulta dichiarativa e confermativa di una regola generale già presente nell'ordinamento, introdotta dal d.p.r. n. 533/1996 (art. 1 e segg.) di attuazione della l. n. 498/1992 (art. 12), successivamente reiterata nel d.lgs. 267/2000 (art. 116) che impone che la scelta del socio privato operativo debba avvenire con procedura di evidenza pubblica.

Sulla necessità dell'esperimento di un confronto concorrenziale, nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, l'Anac si è espressa con delibera n. 20 del 12 novembre 2014, nel caso relativo all'acquisizione del 51% del capitale sociale della SO.A.CO. Spa, società per la gestione dell'aeroporto di Comiso.

Si richiama, inoltre, il parere sulla normativa AG 28/14 del 21.5.2014, relativo all'affidamento dei servizi pubblici locali a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, condiviso dall'Anac, la gara effettuata per la scelta iniziale del socio privato è sufficiente ai fini dell'affidamento del servizio, a condizione che le attività operative che da affidare alla società mista siano oggetto della medesima gara e siano specificamente indicate (cd. gara a doppio oggetto).

Tale avviso è coerente con quanto affermato dalla Commissione europea nella Comunicazione del 5 febbraio 2008 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), secondo la quale «Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetti sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione di PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto».

In coerenza con tale avviso, il legislatore nazionale, con il d.l. 25 settembre 2009 n. 135, convertito con modifiche dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, ha sostituito il comma 2 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 122/2008 annoverando espressamente tra le modalità ordinarie di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali l'affidamento «a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) [principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità], le quali abbiano ad oggetto al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento» e, quindi, qualificandola formalmente quale procedimento ad evidenza pubblica.

Da quanto sopra emerge con chiarezza che l'affidamento “diretto” del servizio alla società mista, ivi compresa la società mista affidataria di servizi pubblici locali, è conforme ai principi comunitari di concorrenza e *par condicio*, nei limiti in cui il servizio stesso è fatto oggetto di confronto concorrenziale

nella procedura ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato, ovvero nei limiti in cui è “messo a gara”.

Ne discende che la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario (Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824).

L'elusione di detta regola si risolverebbe in un inammissibile consolidamento di posizioni monopolistiche e nella sottrazione al mercato dei servizi pubblici locali della stessa possibilità di accesso di imprese interessate, già notevolmente compressa e sacrificata dal sistema degli affidamenti diretti (Cons. St. Ad. plen. 1/2008; Sez. II n. 456/2007, nonché 2516/2003; 192/1998).

La giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. V, 18.12.2009 n. 8376) ha aggiunto che l'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 163/2006, richiede un'interpretazione estensiva, dovendo la disposizione trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui una società già operi come affidataria di un servizio.

In particolare, la disposizione si applica anche nell'ipotesi in cui una società mista, ove pure non originariamente tale, apra il proprio capitale all'apporto di un socio privato industriale attraverso un'operazione straordinaria di vendita di quote o di aumento di capitale, cosicché risulti modificato, per effetto di detta operazione, l'assetto soggettivo della gestione.

Dunque, ogniqualvolta - attraverso il ricorso ad operazioni di carattere straordinario destinate a mutare la compagine di una società che abbia ottenuto l'affidamento diretto o tramite gara di un servizio pubblico - si pervenga al risultato di dar vita a una società mista oppure, alternativamente, al risultato di modificare il profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già affidato (mediante l'associazione al capitale e alla gestione di nuove figure imprenditoriali o la sostanziale sostituzione delle imprese originariamente affidatarie), allora si realizza in via derivata anche un diverso affidamento del servizio pubblico. Il giudice amministrativo chiarisce al riguardo che l'affidamento di un servizio, quand'anche realizzato attraverso la costituzione, originaria o successiva, di una società mista con socio privato operativo, è un'attività sempre connotata da autoritatività a fronte della quale si stagliano interessi legittimi dei soggetti coinvolti e, come tale, esso soggiace anche all'osservanza delle regole pubblicistiche e si deve necessariamente svolgere attraverso procedure di evidenza pubblica, governate dai principi del diritto interno e sovranazionale. In effetti, qualora detto socio non sia un mero finanziatore, ma presenti le caratteristiche di un socio “operativo” o “industriale”, allora è indubbio che, attraverso la sua partecipazione al capitale sociale, si realizzi anche un parallelo fenomeno di circolazione dell'affidamento. Ricorre pertanto, anche in tale ipotesi, l'esigenza di osservare i principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza immanenti in ogni vicenda in cui si abbia l'attribuzione, all'esterno del circuito pubblicistico, di un'utilità economicamente valutabile (Consiglio di Stato, Sez. V, 18.12.2009 n. 8376).

Anche la giurisprudenza più recente sottolinea che la cessione da parte di un'amministrazione pubblica di una partecipazione in una società mista deve avvenire tramite espletamento di procedure ad evidenza pubblica e pertanto in caso contrario si realizza una violazione dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 163/2016 (Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 4014 del 28.9.2016).

2.4. Ulteriori norme che impongono lo svolgimento della gara

La necessità dello svolgimento di procedure ad evidenza pubblica nel caso di cessione di partecipazioni societarie degli enti pubblici è affermata anche dalle seguenti disposizioni normative:

- art. 113, comma 12 del d.lgs. 267/2000 (Tuel) secondo cui «L'ente locale può cedere tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici dei servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere»;

- art. 568 bis della legge n. 147/2013, per cui le PA locali possono procedere all'alienazione delle società controllate direttamente o indirettamente a condizione che questa avvenga con procedura a evidenza pubblica;
- art. 3 del R.D. 18.11.1923 n. 2440 (Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato) il quale prevede che ogni contratto della P.A. da cui derivi un'entrata o una spesa deve essere preceduto da una gara, salvo che non ricorrano le ipotesi eccezionali in cui si possa far ricorso alla trattativa privata;

- art. 37 del R.D. 827 del 1924 (Regolamento generale di contabilità dello Stato) che può essere interpretato nel senso che la vendita di società pubbliche (si tratti di una quota del capitale così come dell'intera partecipazione) è soggetta alle regole dell'evidenza pubblica.

Ai sensi dell'art. 37 del R.D. 827/1924 infatti «tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli». Il successivo art. 41 dispone che si può ricorrere alla trattativa privata nel caso di incanto pubblico andato deserto o del ricorrere di circostanze eccezionali.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 889 della sez. V, del 4 marzo 2008, ha affermato che un'amministrazione pubblica è tenuta a seguire le procedure di evidenza pubblica ogniqualvolta debba scegliere un socio privato per la costituzione di una società mista, indipendentemente dal tipo di attività che tale società debba espletare (servizi pubblici locali, attività di produzione di beni o servizi nel pubblico mercato, ecc.).

Anche la Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, con deliberazione n. 494 del 20.11.2013 ha evidenziato che la disciplina della vendita delle quote azionarie di una società per azioni (oggetto di obbligo di dismissione) va rinvenuta nella legge di contabilità e nel relativo regolamento (cioè in quanto il d.lgs. 163/2006 fa riferimento ai contratti passivi).

Secondo i magistrati contabili, l'ente pubblico potrà trattare con i soggetti in possesso dei requisiti indicati negli artt. 38 e ss. del d.lgs. 163/2006 «requisiti da ritenersi, per l'inscindibile connessione con esigenze di legalità formale e, soprattutto, sostanziale, applicabili anche alle gare per la stipula di contratti attivi».

Quanto alla modalità di svolgimento della procedura «essa dovrà individuarsi nella determina a contrarre in coerenza con i principi di non discriminazione, pubblicità, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa: a tal fine, appare preferibile procedere alla trattativa privata dopo aver interpellato “più persone o ditte” (art. 92 R.D. 827/24), con modalità conformi ai principi generali della contrattualistica pubblica».

In ordine all'importo di vendita delle azioni, tale valore dovrà mantenersi congruo rispetto alla situazione concreta del mercato.

2.5. Le cd. società di terzo grado

I principi sopra richiamati devono ritenersi applicabili anche nel caso in cui, come nella fattispecie in esame, non sia direttamente un'amministrazione pubblica a selezionare il socio privato ma una società totalmente partecipata, ancorché indirettamente, da amministrazioni pubbliche locali.

LGH infatti è una società cd. “di terzo grado”, cioè controllata indirettamente dai comuni.

A riguardo l'Anac, con i pareri di precontenzioso n. 92 del 20.3.2008 e nn. 212 e 213 del 31.7.2008 ha affermato che anche le società nelle quali la partecipazione dell'ente locale alla società sia meramente indiretta sono soggette alle prescrizioni di cui all'art. 13, comma 1, del d.l. n. 223/2006 come convertito dalla legge 4 agosto 2006 n. 248 (Decreto Bersani) al fine di evitare che l'applicazione del divieto alle sole partecipazioni dirette, rappresenti un facile strumento di elusione della norma mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate.

La giurisprudenza ha inoltre evidenziato come il ricorso a schemi organizzativi di tipo privatistico non

può sottrarre l'attività delle amministrazioni pubbliche all'osservanza delle vincolanti e imperative discipline per esse dettate. Diversamente opinando potrebbero determinarsi gravi elusioni del principio di legalità e delle previsioni dell'art. 97 Cost.; dunque, anche l'attività amministrativa volta alla costituzione ed alla gestione di società di capitali, ogniqualevolta essa si risolve nell'esercizio (ove pure indiretto) di potestà autoritative pubbliche, è e rimane "attività funzionalizzata" e, come tale, soggiace anche alla disciplina pubblicistica che le è propria (Consiglio di Stato, Sez. V, 18.12.2009 n. 8376 cit.).

3. Risultanze istruttorie

3.1. La qualificazione della fattispecie, le ragioni sottese all'operazione ed i primi risultati

In base alla documentazione acquisita in corso di istruttoria (tra cui l'atto notarile del 4 agosto 2016 Rep. 21208 Racc. 8662, intitolato «Vendita di azioni») la fattispecie in esame appare essere riconducibile ad una compravendita di partecipazione azionaria di una società pubblica (LGH) indirettamente controllata da enti locali (società di terzo grado).

Infatti, ai termini ed alle condizioni previste dall'Accordo del 4 marzo, i soci di LGH hanno venduto e trasferito al compratore A2A, che le ha acquistate, le azioni di LGH, per il corrispettivo pattuito di cui al punto n. 2.1 dell'accordo stesso.

Nelle controdeduzioni i soci di LGH hanno chiarito che la fattispecie posta in essere è una operazione societaria straordinaria di «integrazione societaria» attraverso la quale è stata attuata una più complessa operazione di ristrutturazione societaria equiparabile a una fusione, tesa a realizzare una quotazione indiretta di LGH.

L'operazione di integrazione è avvenuta nell'ambito di un processo di aggregazione industriale relativo a LGH, con la finalità di creare, tra gli altri fattori, adeguate sinergie che potessero contribuire al rafforzamento della presenza e della competitività di LGH, nonché al miglioramento ed efficientamento dei servizi resi.

I soci di LGH, in audizione, hanno evidenziato che da tempo la suddetta società ha cercato una partnership industriale con altre realtà. Infatti, LGH era in sofferenza ed aveva bisogno di essere rilanciata sul territorio per rimanere sul mercato.

A conferma di ciò, poiché dopo l'acquisizione LGH rientra nel bilancio consolidato di A2A, che è una società quotata, gli *impairment test* dimostrano che il prezzo che A2A ha pagato ai soci di LGH è stato ritenuto superiore a quello fissato dai criteri di mercato.

I soci di LGH hanno inoltre evidenziato che le precedenti *partnership* cercate da LGH non sono andate a buon esito in quanto non sono stati trovati accordi sulla governance e sullo sviluppo industriale.

Al contrario, con A2A sono stati trovati dei punti di contatto, sia per infungibilità che per contiguità territoriale. Inoltre, soci di LGH hanno un controllo molto spinto sul piano industriale di A2A, che è stato scritto congiuntamente che costituisce l'elemento fondante della partnership. Il piano industriale prevede la salvaguardia dei posti di lavoro e dell'indotto, aspetti rilevanti trattandosi di aziende territoriali. Il piano industriale viene controllato trimestralmente dai presidenti dei soci.

I risultati della partnership con A2A sarebbero positivi, in quanto LGH è in crescita, come si evince dal miglioramento dell'EBDA, salvaguardando servizi, posti di lavoro e indotto.

Ad esempio AEM Cremona aveva 100 milioni di debito, di cui 30 milioni sono di LGH e dopo l'acquisizione AEM ha 8 milioni di debito.

In questa ottica, l'accordo sottoscritto il 6 marzo 2016 andrebbe qualificato come un "accordo di partnership" per la sottoscrizione del quale non sussisterebbe l'obbligo di gara ad evidenza pubblica.

Nelle controdeduzioni si richiama a conforto della tesi espressa, da una parte, l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 1610/2005 relativa alla vicenda della fusione per incorporazione di BAS S.p.A. (partecipata al 99% dal Comune di Bergamo) in ASM Brescia SpA, impugnata da ABM SpA (partecipata totalmente

dalla Provincia di Bergamo); dall'altra parte, si richiama il parere favorevole del 27.7.2016 della Corte dei Conti - Sezione regionale di controllo per la Lombardia.

Valutazioni

Si prende atto delle ragioni di carattere industriale che hanno portato i soci di LGH a ricercare un socio che potesse rilanciarla nel mercato.

Tuttavia, le controdeduzioni trasmesse dai soci di LGH non appaiono idonee a superare la necessità dell'esperimento di un confronto concorrenziale prodromico all'operazione di acquisizione delle azioni. Al di là del fatto che si tratti o meno di una operazione straordinaria o di una mera compravendita di azioni, si tratta comunque di una partnership pubblico/privato, come peraltro più volte affermato dai soci di LGH, che qualificano l'accordo del 6 marzo 2016 come "accordo di partnership".

Ne discende come prima illustrato, l'obbligo di gara, indipendentemente dal tipo di attività che la società mista dovrà svolgere.

Per quanto concerne le società coinvolte nell'operazione societaria, dall'istruttoria svolta risulta che l'acquirente delle azioni pubbliche, che costituiscono un pacchetto azionario di maggioranza nella LGH SpA, è la società per azioni A2A, una *multiutility* quotata in borsa facente capo a un gruppo societario che opera nei campi della produzione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica, della distribuzione e vendita di calore tramite reti di teleriscaldamento, della gestione di rifiuti e della gestione del ciclo idrico integrato, avente un capitale sociale al tempo dell'acquisto delle azioni suddiviso in gran parte tra soci pubblici (in specie Comune di Brescia e Comune di Milano) e in parte tra soci privati insieme ad un'alta percentuale di capitale flottante.

La LGH SpA è una società *holding* a totale partecipazione pubblica, in cui i soci sono società interamente partecipate, direttamente o indirettamente, da enti locali, a capo di un gruppo societario attivo nei mercati della produzione, distribuzione e vendita di energia elettrica, vendita e distribuzione del gas naturale, gestione dei rifiuti, produzione, distribuzione e vendita di calore tramite reti di teleriscaldamento, delle telecomunicazioni e dell'Information and Communication Technology.

La vendita delle azioni sembrerebbe aver comportato un'operazione societaria di scelta di un partner industriale cui affidare la predominanza sulla *governance* della LGH SpA ciò anche alla luce del futuro piano di fusione per incorporazione di LGH SpA nella società A2A. La stessa Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato nel parere approvato nell'adunanza del 27 luglio 2016 ha ritenuto che l'operazione societaria determini un cambiamento del sistema di *governance* con acquisizione da parte di A2A SpA di un controllo su LGH SpA.

L'operazione societaria di vendita delle azioni comporta il subentro nel gruppo societario di A2A SpA attraverso l'acquisto di azioni dei diversi soci pubblici di Linea Group Holding SpA, perfezionando un processo di aggregazione industriale che va oltre la mera "ristrutturazione societaria", dove la vendita delle azioni implica la scelta di un partner industriale destinato a subentrare nelle attività di servizi di LGH anche in ragione della prospettata fusione per incorporazione di LGH in A2A.

Per quanto riguarda i richiami formulati nelle controdeduzioni all'ordinanza del Consiglio di Stato n. 1610/2005 e alla delibera favorevole del 27 luglio 2016 della Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, si ritiene che non siano idonei a supportare la tesi secondo cui la vendita delle azioni perfezionerebbe una mera ristrutturazione societaria.

Infatti, fermo restando che si disconosce il fascicolo di causa sottoposto all'esame del Giudice amministrativo, l'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato n. 1610/2005 richiamata nelle difese dei soci di LGH SpA sembra presumere una fattispecie concreta di fusione societaria di natura diversa da quella oggetto di odierno esame ove si consideri che il provvedimento cautelare giurisdizionale indica che con la fusione oggetto di esame si sarebbe perfezionato un «modulo organizzativo che integra strutture societarie e non un ricorso al mercato per la scelta di un gestore di servizi pubblici locali».

Nel caso in esame, a differenza di quello che sembrerebbe essere stato valutato dal Consiglio di Stato, il nuovo socio è scelto proprio al fine di gestire servizi pubblici locali nell'ambito di un mercato concorrenziale in ragione della sua natura di operatore economico multiutility operante nel settore dei servizi pubblici locali e in mercati liberalizzati; le caratteristiche dell'operazione di vendita delle azioni appaiono integrare, piuttosto che una mera "ristrutturazione societaria", una trasformazione di LGH tale da comportare la scelta di un nuovo soggetto deputato alla gestione dei contratti di servizi pubblici in corso di esecuzione.

Inoltre, per quanto concerne il richiamato parere favorevole della Sezione Regionale di Controllo della Corte dei Conti con delibera del 27 luglio 2016, il provvedimento concerne il piano operativo di razionalizzazione e la successiva relazione sui risultati conseguiti dal processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie trasmessi dal Comune di Cremona alla sezione regionale di controllo ai sensi dell'art. 1, commi 611 e ss. della l. 190/2014.

L'art. 1, comma 611 e ss., l. 190/2014 include la possibilità di operazioni di fusione nell'ambito di processi di razionalizzazione di società a partecipazione pubblica «al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato», in modo da conseguire la riduzione delle società pubbliche e delle partecipazioni entro il 2015, con trasmissione dei relativi piani di ristrutturazione alla Corte dei Conti.

Tuttavia, sulla base di quanto emerge dall'istruttoria, la decisione della Corte dei Conti non esprime valutazioni sulla fattispecie oggetto di istruttoria, poiché non sembra che la delibera della Corte dei Conti abbia valutato un piano di ristrutturazione inclusivo dell'operazione di vendita delle azioni di LGH S.p.A. ad A2A S.p.A.

Per le ragioni sopra esposte, l'ingresso di A2A nella compagine azionaria è da qualificarsi in termini di modifica del profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già affidato (LGH), con conseguente applicazione dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 163/2006 e dell'art. 113, comma 12, d.lgs. 267/2000 secondo i principi sopra richiamati (in specie, l'orientamento reso dal Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza 18 dicembre 2009, n. 8376).

3.2. I precedenti appalti di LGH

I soci di LGH hanno evidenziato che LGH e le sue controllate non erano e non sono titolari di affidamenti diretti, ma solo di concessioni e appalti di servizi aggiudicati in esito a procedure di gara previste dalla disciplina dei contratti pubblici, ad eccezione del servizio di distribuzione del gas e di quello del servizio di igiene urbana nel Comune di Cremona che tuttavia sarebbe sottratto all'obbligo di gara in quanto anteriori al 2000. Inoltre, il servizio di igiene urbana sarebbe di valore assolutamente irrilevante rispetto all'operazione.

In audizione i soci di LGH hanno dichiarato che LGH non gode di affidamenti diretti che siano stati dati in ragione dell'intero controllo pubblico di LGH e che gli unici affidamenti diretti delle società della holding LGH sono relativi al settore del gas anteriori al 2000, proseguono di fatto per disposizione di legge. Invece, tutti gli altri affidamenti in capo alle società della holding LGH sono stati affidati con gara.

A sostegno di ciò, i soci di LGH hanno prodotto delle tabelle dalle quali si evince che al momento del *closing* le società controllate da LGH erano titolari di n. 117 concessioni tutte affidate con gara, di cui 56 concessioni per il servizio di distribuzione del gas, e n. 61 concessioni per il servizio di igiene urbana. Gli ulteriori affidamenti diretti (43 per la distribuzione del gas e 57 relativi al servizio di igiene urbana) o erano scaduti o erano già stati oggetto di risoluzione.

Oltre ai servizi pubblici locali, i soci di LGH hanno allegato, inoltre, una tabella relativa agli affidamenti di servizi ICT alla Linea Com S.r.l., controllata di LGH, evidenziando che gli appalti erano stati affidati in esito a procedure di evidenza pubblica, principalmente sulla piattaforma MePA e nella quasi totalità dei casi al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria.

Per i soci di LGH, poiché A2A, per effetto dell'operazione, non avrebbe beneficiato di alcun affidamento diretto, non troverebbero applicazione le norme richiamate nella CRI, quali l'art. 1 comma 2 d.lgs. 163/2006, l'art. 1, comma 568 bis, della legge n. 247/2013 e l'art. 113, comma. 12, d.lgs. n. 267/2000.

Valutazioni

Tramite l'esame dei dati presenti in BDNCP, è emerso che le società controllate da LGH hanno svolto i servizi pubblici, ad eccezione di n. 3 procedure aperte, per lo più in base ad affidamenti in economia, cottimi fiduciari e procedure negoziate senza bando, che, tuttavia, appaiono essere state aggiudicate nei limiti di importo previsti dal d.lgs. 163/2006. In base ai dati presenti, vi sono solo n. 3 procedure affidate in base alla natura in house, aventi ad oggetto la gestione dei rifiuti, di cui una affidata dalla Cogeme alla società Linea Ambiente e n. 2 affidate dal Comune di Crema alla società Linea Gestioni (la prima per un valore di circa 3,7 milioni e la seconda di circa 47 mila euro).

Si ritiene tuttavia che, anche nel caso in cui LGH non abbia beneficiato di affidamenti diretti per lo svolgimento dei servizi pubblici locali, non per questo poteva ritenersi sottratta ad espletare un confronto concorrenziale per cedere la maggioranza del proprio capitale sociale, anche al fine di individuare l'operatore economico che potesse offrire il miglior prezzo per l'acquisto delle azioni.

Alla luce di quanto prima evidenziato sulla natura giuridica di LGH e A2A, e della tipologia dell'attività da esse espletata, non può essere condivisa la tesi espressa nelle controdeduzioni secondo cui l'obbligo della procedura ad evidenza pubblica poteva escludersi per il fatto che LGH e le sue società controllate siano affidatarie di contratti aggiudicati previo esperimento di procedure di gara (eccetto gli affidamenti diretti relativi ai servizi di distribuzione del gas e di igiene urbana nel Comune di Cremona che sarebbero sottratti all'obbligo della gara in quanto anteriori al 2000, oltre che di valore irrilevante)². La tesi si baserebbe anche sull'art. 116, comma 1, d.lgs. 163/2006 ai sensi del quale «Le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ai soggetti esecutori di contratti pubblici non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna stazione appaltante fino a che il cessionario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, non abbia proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste dall'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 maggio 1991, n. 187, e non abbia documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal presente codice». Tuttavia, tale norma, che concerne le ristrutturazioni aziendali degli operatori economici aggiudicatari di contratti pubblici, non si ritiene applicabile alla fattispecie in esame comportante la complessa operazione societaria prospettata e che attiene alla dismissione della partecipazione di maggioranza in una società a totale partecipazione pubblica deputata alla gestione di servizi pubblici locali.

In considerazione delle implicazioni dell'operazione societaria predetta concernenti la scelta del partner industriale con ripercussioni sui contratti di servizi già affidati e in corso di esecuzione, l'operazione societaria perfezionatasi rientrava nell'ambito di applicazione dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 163/2006 e dell'art. 113, comma 12, d.lgs. 267/2000, dovendo procedersi alla vendita delle azioni con procedura di

² Sono state prodotte in atti diverse tabelle da cui si evince che al momento dell'accordo le società titolari di LGH erano titolari di n. 117 concessioni affidate con gara, di cui 56 concessioni per il servizio di distribuzione del gas e 61 concessioni per il servizio di igiene urbana; gli ulteriori affidamenti diretti (43 per distribuzione del gas e 57 per servizio di igiene urbana) o erano scaduti o in corso di risoluzione. E' stata allegata anche una tabella relativa agli affidamenti dei servizi ICT alla Linea Com S.r.l., controllata di LGH, evidenziando che gli appalti erano stati affidati in esito a procedure di evidenza pubblica, principalmente sulla piattaforma MePA e nella quasi totalità dei casi al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria.

gara disciplinata dalla normativa sugli affidamenti di contratti pubblici, in quanto la vendita determina la scelta del partner industriale.

A ciò si aggiunga che il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 889 del 4.3.2008, ha avuto modo di precisare che un'amministrazione pubblica è tenuta a seguire le procedure di evidenza pubblica ogniqualevolta debba scegliere un socio privato per la costituzione di una società mista, indipendentemente dal tipo di attività che tale società debba espletare (servizi pubblici locali, attività di produzione di beni o servizi nel pubblico mercato, ecc.).

Il principio fondamentale dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione è inoltre contenuto nell'art. 3 del R.D. 18.11.1923 n. 2440, il quale prevede che ogni contratto della P.A. da cui derivi un'entrata o una spesa deve essere preceduto da una gara, salvo che non ricorrano le ipotesi eccezionali in cui si possa far ricorso alla trattativa privata. Tra i contratti in questione rientrano anche quelli di società, perché dagli stessi derivano spese (conferimenti) ed entrate (eventuali utili). Infatti l'art.36 del R.D. n.827/1924 non riguarda solo gli appalti pubblici, ma anche altri contratti quali le compravendite e gli affitti e costituisce una mera esemplificazione di ipotesi nelle quali l'amministrazione non si presenta nella sua veste autoritativa per acquisire utilità da parte dei privati.

Questo principio è valido per qualsiasi attività dell'amministrazione, che deve in ogni caso agire per il miglior impiego delle risorse a sua disposizione e far sì che, allorquando si presenti mediante l'impiego di tali risorse pubbliche per i privati una possibilità di guadagno, tutti siano messi in grado di beneficiarne a parità di condizioni.

3.3. Le motivazioni della scelta di A2A

I soci di LGH hanno valutato che la partnership industriale dovesse avvenire con un'altra società, di maggiori dimensioni, individuata in una società partecipata da enti locali, quotata in borsa all'anno 2003. Qualunque altro operatore di mercato, infatti, non avrebbe fatto conseguire a LGH il regime proprio della società partecipata da enti locali quotata all'anno 2003 e quindi non avrebbe consentito a LGH e ai suoi soci di realizzare gli obiettivi identificati.

I soci di LGH hanno giustificato la decisione di realizzare una "quotazione indiretta" di LGH, cedendo le azioni di LGH ad una società quotata in borsa partecipata da enti locali quotata in borsa dal 2003, in base alle seguenti ragioni.

L'attuale situazione del mercato dell'energia, caratterizzata da un'elevata competitività, da una crescente pressione sui margini, generata anche da costanti interventi delle autorità di regolazione, lascia ben poche speranze di sopravvivenza, nel breve/medio periodo, alle realtà di piccole dimensioni. Si tratterebbe, per i soci di LGH, di un dato oggettivo e non sindacabile, che ispira alcune scelte recenti di politica legislativa chiaramente finalizzate ad incentivare, nella massima misura possibile, l'aggregazione tra le imprese utilities.

I Soci LGH hanno ritenuto che, identificato l'obiettivo dell'integrazione, la strada migliore fosse rappresentata dall'integrazione con una società utility quotata di maggiori dimensioni.

Ciò essenzialmente per tre ragioni:

In primo luogo, solo l'integrazione con una quotata avrebbe consentito a LGH di conseguire lo speciale regime previsto dalla legge a favore delle società controllate da società quotate; tale regime rappresenta, di per sé, un vantaggio di natura oggettiva, non fungibile, e facilmente apprezzabile, in quanto lo status di società quotata (o di controllata da una quotata) consentirebbe:

a) di superare i molteplici vincoli e limiti previsti a carico delle società pubbliche non quotate (che, a seguito di varie stratificazioni normative, coprono ormai tutti gli aspetti della vita sociale, dalla composizione del consiglio alle modalità di reclutamento del personale) «vincoli e limiti che rappresentano un pesante problema per chi, come LGH, deve confrontarsi in un mercato a competizione crescente dominato da operatori privati e società a controllo pubblico quotate che non

soggiacciono a tali limiti»;

b) di ottenere i vantaggi, in termini di durata degli affidamenti, connessi allo status di società controllata da un'altra società che era già quotata nell'anno 2003.

A tale proposito, i soci di LGH hanno fatto riferimento all'art. 34, c. 22, del decreto legge n. 179 del 18.10.2012 (conv. con legge 17.12.2012, n. 221) che così recitava³ «Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020».

Nel caso di LGH, in base a quanto affermato dai Soci, tale regime sarebbe stato conseguibile: i) con la fusione per incorporazione in società quotata all'anno 2003 - operazione «pacificamente esente da qualsivoglia obbligo di gara, come chiarito da giurisprudenza del Consiglio di Stato»; ii) attraverso l'acquisizione del controllo di LGH da parte di una società quotata all'anno 2003 «essendo pacifico, per espressa previsione di legge, che il regime degli affidamenti della società controllata da società quotata all'anno 2003 sia il medesimo di quest'ultima».

Esclusa la prospettiva della fusione per incorporazione in altra società, i Soci LGH hanno preso in esame la seconda ipotesi.

In secondo luogo, nel mondo delle imprese utilities, i principali operatori sarebbero società quotate. Essendo LGH alla ricerca di rilevanti economie di scala e sinergie, l'integrazione con altri piccoli operatori, oltre ad essere nella pratica assai complessa e di difficile realizzazione, data la molteplicità di interessi coinvolti, non rappresentava l'opzione ottimale, a dire dei soci di LGH.

In terzo luogo, a dire dei soci di LGH, una volta definito, per ragioni oggettive e razionali, il perimetro delle società con le quali realizzare un'integrazione alle sole società quotate limitandolo alle sole società quotate all'anno 2003, la procedura di selezione aperta, trasparente e non discriminatoria (art. 1 d.l. 31 maggio 1994, n. 332, conv. in l. 30 luglio 1994, n. 474; art. 4, comma 218, lett. a), l. 24 dicembre 2003, n. 350; art. 3 bis, co. 2 bis, d.l. 13 agosto 2011, n. 138) della società alla quale cedere il controllo di LGH doveva essere necessariamente limitato a questa sola categoria di possibili offerenti.

Qualunque altro operatore di mercato, infatti, non avrebbe fatto conseguire ad LGH il regime proprio della società quotata partecipata da enti locali quotata all'anno 2003 e, quindi, non avrebbe consentito a LGH e ai suoi soci di realizzare gli obiettivi identificati.

Ciò premesso, i soci di LGH hanno dichiarato che l'individuazione in forma diretta di A2A è avvenuta per ragioni di carattere tecnico ed in circostanze eccezionali “in presenza di elementi di unicità ed infungibilità di A2A” che hanno consentito di non esperire un confronto competitivo con altre società.

Tali ragioni di carattere tecnico sono supportate dai seguenti documenti (acquisiti agli atti):

- ✓ analisi effettuata da KPMG su “Elementi di infungibilità A2A per LGH” del novembre 2015;
- ✓ relazione di Mediobanca del novembre 2015 che analizza dal punto di vista finanziario il titolo di A2A;
- ✓ “fairness opinion” di Unicredit del dicembre 2015 sulla congruità del corrispettivo offerto da A2A, che illustra la convenienza finanziaria dell'operazione per i soci di LGH.

Attesa l'infungibilità di A2A, per i soci di LGH, l'affidamento diretto sarebbe consentito in base alle seguenti ragioni:

- a) la norma dell'art. 41 del r. d. n. 827 del 1924, per cui è possibile procedere alla stipulazione di contratti a trattativa privata, tra l'altro, per l'acquisto di cose per la cui natura non è possibile

³ Tale norma è stata modificata dall'art. 8, comma 1, legge n. 115 del 2015 “Legge Europea 2014” entrata in vigore il 18 agosto 2015.

promuovere il concorso di pubbliche offerte e, in generale, in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente eseguite le procedure ordinarie;

b) la norma dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016 (non direttamente applicabile al caso di specie ma comunque espressione di principi generali nel settore dei contratti pubblici) che prevede la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara può essere utilizzata quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico quando «la concorrenza è assente per motivi tecnici»;

c) la giurisprudenza ha chiarito che la normativa in tema di gare pubbliche consente l'affidamento tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nel caso in cui, per ragioni di natura tecnica, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato (Corte dei Conti, Sez. Contr., 30 luglio 2008, n. 8);

d) la previsione dell'art. 10 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante il nuovo testo unico in materia di società a partecipazione pubblica per cui l'alienazione delle partecipazioni (delle p.a.) dovrà essere effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. In casi eccezionali a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione potrà essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente;

e) costituirebbe principio consolidato nell'ordinamento europeo e nazionale che le operazioni di riorganizzazione societaria, comprese le operazioni di acquisizione e cessione di azioni, degli operatori affidatari di contratti pubblici sono esentate dagli obblighi di gara. I soci di LGH richiamano le seguenti norme:

✓ l'art. 43, comma 1 lett. d), della Direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, prevede che le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione nel caso in cui «al concessionario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della presente direttiva»;

✓ l'art. 106 comma 1 lett. d) del d.lgs. 50/2016 prevede che i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento qualora «all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o per contratto, anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice».

Nel caso in esame - a dire dei soci di LGH - non si darebbe luogo ad un semplice negozio di compravendita ma ad una prosecuzione dell'attività in capo ad un soggetto diverso come conseguenza di un'operazione societaria straordinaria, che conserva l'unità dell'azienda appaltatrice (esecutore) e dei suoi requisiti;

✓ la legge 190/2014, all'art. 1 comma 609, inserendo il comma 2 bis all'art. 3 bis del d.l.13.8.2011 n. 138 avrebbe volontariamente omissso il riferimento all'evidenza pubblica, disponendo che «L'operatore economico succeduto al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente, prosegue nella gestione dei servizi fino alle scadenze previste».

La ratio della suddetta disposizione, per i soci di LGH, sarebbe la stessa della legge delega per il riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche (legge n. 124/2015, art. 18), vale a dire quella della promozione dell'integrazione tra società partecipate

da enti locali operanti nel settore dei servizi pubblici locali.

Infine, i soci di LGH hanno dichiarato che nel caso in questione, non vi sarebbe nemmeno una successione nella gestione dei servizi pubblici, posto che LGH continuerebbe a svolgere i servizi affidati.

Valutazioni

Relativamente alla decisione di cedere le azioni di LGH ad una società quotata in borsa, non si ritiene che, in assenza di divieti normativi, si possa sindacare sotto questo aspetto la scelta discrezionale della PA, essendo supportata da ragioni industriali e di mercato. Se fosse stato redatto un bando di gara, la quotazione in borsa della società acquirente avrebbe potuto essere inserita tra i requisiti di partecipazione.

Invece, la scelta di limitare il perimetro delle società a cui cedere le azioni di LGH alle sole società quotate partecipate da enti locali, anziché alle società quotate tout court (anche estere) e non partecipate da enti locali, che si inseriscono nello stesso business LGH, non appare conforme al principio di libera concorrenza.

Tale scelta, come già evidenziato, è stata motivata in virtù di un «regime normativo di favore» delle società partecipate da enti locali, individuato nell'articolo 34, comma 22, del decreto legge n. 179 del 18.10.2012 (conv. con legge 17.12.2012, n. 221).

A riguardo si osserva quanto segue.

In base all'originaria formulazione della suddetta norma, gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020. La suddetta norma è stata modificata dall'art. 8, comma 1, legge n. 115 del 2015 "Legge Europea 2014" entrata in vigore il 18 agosto 2015 che ha anticipato il periodo transitorio al 2018.

Pare dunque che il mancato esperimento di una procedura concorrenziale sia stato finalizzato di modo che LGH potesse beneficiare di una maggiore durata degli affidamenti diretti (fino al 2018 o al 2020).

Nel Dossier del Servizio Studi del Senato n. 226 del giugno 2015 sull'A.S. n. 1962 "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2014" si ripercorre l'iter che ha portato alla suddetta modifica normativa.

Nel Dossier si legge inoltre che la Corte di giustizia ha rilevato che nella disciplina europea degli appalti vige un principio in base al quale quando un appalto è stato attribuito senza indizione di una gara da una autorità pubblica ad una società a capitale interamente pubblico, in quanto considerata una struttura 'interna', il fatto che, durante il periodo di validità di tale appalto, azionisti privati siano ammessi a partecipare al capitale di detta società, costituisce un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessita di un'indizione di una nuova gara.

3.4. L'unicità ed infungibilità di A2A

Nelle controdeduzioni, i soci di LGH hanno affermato che anche qualora si ritenesse che l'operazione abbia la natura di una mera alienazione delle azioni di LGH, si tratterebbe comunque di una privatizzazione parziale di LGH, ovvero un contratto attivo riguardante la partecipazione di controllo di LGH detenuta (indirettamente) da alcuni Comuni lombardi.

Tale privatizzazione sarebbe disciplinata in alternativa o dal d.l. n. 332/1994 (per applicazione analogica dell'art. 115 del d.lgs. 267/2000) o dall'art. 41 del r.d. n. 827/1924, che prevede il ricorso alla trattativa privata in una serie di casi, fra cui quando ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non

possono essere utilmente seguite le procedure di asta pubblica disciplinate dagli art. da 37 a 40 dello stesso R.D. 827/1924.

Tali eccezionali circostanze si rinverrebbero, per i soci di LGH, nell'infungibilità di A2A, trattandosi dell'unico operatore del mercato in grado di assicurare sinergie industriali e benefici finanziari per la massimizzazione economica delle performances gestionali di LGH.

Per i soci di LGH, l'integrazione doveva necessariamente avvenire con una società quotata che gestisse servizi pubblici analoghi ed integrabili, collocata in aree contigue per conseguire gli obiettivi di razionalizzazione industriale ed operativa, con capitale flottante sufficientemente elevato da consentire la cessione sul mercato delle azioni conseguite in concambio.

In ordine alle considerazioni svolte dai soci di LGH sull'asserita unicità di A2A richiamando l'art. 41, R.D. 827/1924 relativo alla trattativa privata, si evidenzia che tale norma presuppone un procedimento selettivo, applicandosi esclusivamente in presenza di «speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli artt. da 37 a 40», con obbligo della società pubblica che intendere dismettere le azioni di motivare in ordine ai presupposti legittimanti il ricorso alla trattativa privata in base agli esiti di un'adequata istruttoria.

In base alle risultanze istruttorie non si rinvergono le circostanze eccezionali che giustificerebbero l'individuazione diretta di A2A ai sensi dell'art. 41 del R.D. 827/1924 (il quale contempla la possibilità di procedere a trattativa privata in tutti i casi in cui ricorrano speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le procedure ordinarie).

A2A è infatti una società quotata in borsa, che gestisce servizi pubblici locali di rilevanza economica e che opera nei mercati della produzione, distribuzione e vendita di energia elettrica e gas naturale, distribuzione e vendita di calore tramite reti di teleriscaldamento, gestione rifiuti e del ciclo idrico integrato.

Si tratta di mercati caratterizzati dalla presenza di una pluralità di operatori economici, anche in ambito sovranazionale, che vi operano in concorrenza, come anche evidenziato dai soci di LGH in corso di istruttoria. Nulla esclude quindi che in tali mercati possano sussistere operatori con caratteristiche analoghe o anche migliori rispetto a quelle possedute da A2A, che non sembra quindi costituire un *unicum*. Anche all'esito dell'audizione, nella quale i soci di LGH hanno illustrato le peculiarità di A2A sotto il profilo della contiguità territoriale e delle sinergie industriali, non sono emerse particolari condizioni di mercato o tecniche che possano giustificare l'infungibilità di A2A.

Anche volendo applicare per analogia alla fattispecie in esame la disciplina di cui all'art. 57 comma 2 lettera b) del d.lgs. 163/2006 – (oggi art. 63 del d.lgs. 50/2016) che ammette il ricorso alla procedura negoziata senza bando (l'affidamento diretto) «qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato», sorgono alcune perplessità.

Come rilevato dall'Autorità nella delibera n. 1032 del 5 ottobre 2016 (AG 41/16/AP), il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, costituendo un affidamento diretto e un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità, è ammissibile tenendo conto del principio secondo cui «i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili d'interpretazione estensiva» (in tal senso, tra le altre: Cons. Stato, sez. V, 3.02.2016, n. 413; Cons. Stato, sez. V, 30.04.2014, n. 2255; Cons. Stato, sez. V, 20.07.2014, n. 3997); la verifica dell'infungibilità compete alla stazione appaltante «tenuta quantomeno ad avviare un'indagine di mercato all'esito della quale accertare le ragioni tecniche o i diritti di esclusiva che determinano l'assenza di concorrenza e la necessità di concludere il contratto con un solo operatore economico».

Nel caso in esame, come già evidenziato, la società A2A è quotata in borsa e gestisce servizi pubblici locali di rilevanza economica operando nei mercati della produzione, distribuzione e vendita di energia

elettrica e gas naturale, distribuzione e vendita di calore tramite reti di teleriscaldamento, gestione rifiuti e del ciclo idrico integrato, vale a dire in mercati caratterizzati dalla presenza di una pluralità di operatori economici, anche in ambito sovranazionale, che vi operano in regime di concorrenza.

In base alle risultanze istruttorie, le analisi compiute sulla società A2A da parte della società LGH non appaiono includere valutazioni sull'infungibilità dell'operatore economico secondo i principi espressi dalla normativa sui contratti pubblici come elaborati dalla giurisprudenza e negli orientamenti dell'Anac, bensì esclusivamente valutazioni sulla convenienza economica e strategica dell'operazione societaria, senza fornire riscontro di una verifica istruttoria da cui emerga l'unicità dell'operatore economico sui mercati interessati.

Si aggiunga che la circostanza addotta dalle parti in ordine alla verificata congruità del corrispettivo offerto da A2A e in ordine alla valutata convenienza dell'operazione, in ogni caso, potrebbe non integrare la massima valorizzazione economica delle azioni che avrebbe potuto ottenersi con una procedura ad evidenza pubblica funzionale alla cessione delle stesse sul mercato.

Conclusivamente sul punto si ritengono non sussistenti nel caso di specie ipotesi eccezionali che possano giustificare l'individuazione diretta di A2A ai fini dell'acquisizione del 51% del capitale sociale di LGH.

3.5. L'acquisizione del controllo di fatto e di diritto da parte di A2A su LGH

I soci di LGH hanno dichiarato che nel caso in questione non vi sarebbe una "successione" nella gestione dei servizi pubblici da parte di A2A, posto che LGH continuerebbe a svolgere i servizi affidati. Inoltre, come già evidenziato, il soci di LGH continuano ad avere un controllo continuo e costante sul piano industriale di A2A.

In relazione a quanto sopra, sebbene non vi sia, almeno nell'immediatezza, il subentro di A2A nell'esecuzione dei servizi pubblici svolti da LGH, non si ritiene che possa trattarsi di una mera modifica della compagine azionaria di LGH, che vede A2A nel ruolo di mero finanziatore.

Infatti, attraverso l'operazione in esame, A2A, con l'acquisto del 51% delle azioni di LGH, e dunque disponendo della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, acquisisce una situazione di «controllo di diritto» sulla LGH ai sensi dell'art. 2359 del codice civile.

Inoltre, in seguito al *closing*, con l'assemblea dei soci della LGH tenutasi lo stesso 4 agosto 2016 sono stati azzerati gli organi sociali di LGH ed è stato nominato un nuovo CDA, composto da 13 membri, di cui 7 nominati da A2A, che ha nominato anche l'Amministratore Delegato (in base agli accordi del 4 marzo nominerà anche la maggioranza dei membri effettivi del Collegio Sindacale) mentre i soci di minoranza di LGH hanno nominato gli altri 6 amministratori e il Presidente del Consiglio di Amministrazione (si veda art. 8 dell'Accordo).

Alla luce di quanto sopra, a decorrere dal 4 agosto 2016, A2A può orientare le scelte gestionali di LGH, attraverso il CDA, l'Amministratore Delegato e la maggioranza dei voti in Assemblea.

Anche l'Agcm nel provvedimento del 27 luglio 2016 afferma che il sistema di *governance* della LGH, dopo l'acquisizione «garantisce la preminenza di A2A su LGH».

A2A potrà infatti da sola influenzare le decisioni assembleari, tranne in alcuni casi per i quali è richiesta una maggioranza qualificata, che, tuttavia, non riguardano decisioni strategiche della società.

A ciò si aggiunga che l'operazione in esame subirà un'ulteriore evoluzione, che - anche in base a quanto affermato dall'Agcm - garantirà la stabilità del controllo di A2A su LGH.

Infatti, l'Accordo del 4 marzo prevede, sotto il titolo di "evoluzione della partnership", dopo tre anni dal closing, la presentazione da parte di A2A, ai soci di LGH, di una "proposta preliminare in merito alla fusione per incorporazione di LGH in A2A" il cui iter è disciplinato dall'art. 22 dell'Accordo stesso.

Inoltre, in base all'art. 22 dell'Accordo, qualora il progetto di fusione non andasse a buon fine, A2A si obbliga a presentare un'offerta di acquisto ai soci di LGH per acquistare da questi ultimi tutte (e non meno di tutte) le partecipazioni di cui essi siano titolari in quel momento, al prezzo fissato da A2A.

Qualora i soci minoritari di LGH approvino il prezzo indicato da A2A, sono previste due possibilità:

- a) se "la legge vigente" non prevede il necessario previo esperimento di una procedura competitiva, i soci minoritari si obbligano ad accettare l'offerta di acquisto A2A;
- b) se invece la "legge vigente" impone di esperire una procedura competitiva, i soci minoritari dovranno avviare detta procedura competitiva in conformità ai criteri di trasparenza e di concorrenza al fine di raccogliere manifestazioni di interesse per l'acquisto di tutte (e non meno di tutte) le Partecipazioni detenute dai Partner Minoritari oggetto dell'Offerta di Acquisto A2A ad un prezzo non inferiore al prezzo indicato nell'Offerta di Acquisto A2A.

Tuttavia, in base all'art. 22.9 lettera a) dell'Accordo, il bando di gara dovrà prevedere un diritto di prelazione in favore di A2A.

Alla luce di quanto sopra, o a seguito alla fusione per incorporazione, o in seguito all'acquisto del 100% del capitale sociale di LGH, si può dedurre che, tra un triennio, i servizi pubblici locali oggi svolti "formalmente" da LGH (di fatto da A2A) saranno svolti a tutti gli effetti da A2A.

Come già evidenziato, gli stessi soci di LGH hanno dichiarato che nella fattispecie non si tratterebbe di un semplice negozio di compravendita ma della prosecuzione dell'attività in capo a soggetto diverso come conseguenza di un'operazione societaria straordinaria che conserva l'unità dell'azienda appaltatrice (esecutrice) e dei suoi requisiti.

Inoltre, con l'acquisizione del 51% del capitale sociale di LGH, A2A acquisisce di fatto una situazione di controllo della predetta società, potendo quindi orientare le scelte strategiche e gestionali della stessa; con l'ulteriore possibilità, prevista nell'accordo del 4 marzo 2016, di una fusione per incorporazione di LGH in A2A decorsi tre anni dal closing, a seguito della quale – se effettuata - quest'ultima potrà svolgere tutti i servizi pubblici locali attualmente gestiti da LGH.

Può quindi richiamarsi al riguardo quanto osservato sia dall'Anac che dal Consiglio di Stato, per cui «L'apporto privato alle attività del PPPI consiste, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità» Per questi motivi, nell'impostazione del legislatore nazionale la necessità di una chiara definizione dei compiti operativi assegnati può emergere solo nel caso in cui si costituisca una società mista a prevalente capitale pubblico. Diversamente, per quelle a capitale privato maggioritario non può revocarsi in dubbio che vi sia l'apporto del privato nella gestione dell'ente. Per questa ragione (...) la selezione mediante gara secondo le procedure per l'affidamento degli appalti è stata prevista normativamente sin dal 1996» (Delibera Anac n. 20/2014 e Consiglio di Stato sez.V, sent. 18.12.2009 n. 8376).

Considerazioni che – come in precedenza evidenziato – valgono anche nel caso in cui – come nella fattispecie - non sia direttamente l'amministrazione pubblica interessata a selezionare il socio privato ma una società totalmente partecipata, ancorché indirettamente, da amministrazioni pubbliche locali, come è LGH.

3.6. I richiami al d.lgs. 50/2016 contenuti nelle controdeduzioni.

I riferimenti normativi citati dai soci di LGH relativi alle direttive comunitarie del 2014 ed al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 non si ritengono applicabili al caso di specie.

Infatti, come già evidenziato, l'intera operazione si colloca, *ratione temporis*, in data antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 che ha recepito le direttive comunitarie del 2014 e che anche alla luce della disciplina transitoria contemplata nell'art. 213 del d.lgs. 50/2016, deve ritenersi applicabile alla fattispecie il l'art. 1 comma 2 dello stesso d.lgs. 163/2006.

Resta fermo, in ogni caso, che tali disposizioni sono state confermate dall'art. 5, comma 9, del d.lgs. 50/2016 a tenore del quale «Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica».

Da ultimo, si osserva che alla fattispecie non possono applicarsi le norme del d.lgs. 124/2015, che ha delegato il Governo a procedere al riordino delle società a partecipazione pubblica, perché il relativo decreto attuativo n. 175/2016, recante il Testo Unico in materia di società partecipate, emanato il 19.08.2016, è entrato in vigore il 23.09.2016.

In ogni caso, anche il d.lgs. 175/2016 ha ribadito il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione per l'alienazione delle partecipazioni (art. 10) e per la scelta del socio privato delle società miste (art. 17), con ciò confermando la necessità del previo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica.

E dunque anche nell'assetto normativo in materia di contratti pubblici, attualmente in vigore, è ribadito l'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato della società mista, nonché ai fini dell'alienazione di partecipazioni detenute in società da parte delle amministrazioni di riferimento.

4. Valutazioni conclusive

Alla luce di tutte le considerazioni sopra svolte, in base alle risultanze istruttorie, si ritiene che l'operazione di vendita delle azioni comportante l'ingresso di A2A S.p.A. nella compagine azionaria di LGA S.p.A. si qualifichi come scelta del socio-partner industriale con modifica del profilo soggettivo del gestore di servizi pubblici già affidati e in corso di esecuzione, non potendosi pertanto qualificare come mera operazione di integrazione o ristrutturazione societaria.

Nella fattispecie, non si invengono elementi che possano far ritenere comprovata la natura infungibile di A2A ai sensi dell'art. 57, comma 1, lett. b) del d.lgs. 163/2006 non potendosi escludere, sulla base della documentazione in atti, che, dato il mercato di riferimento, vi potessero essere altri operatori economici potenzialmente interessati all'acquisto delle azioni e al subentro nella compagine azionaria come socio industriale risultando assente nella documentazione esaminata ogni riferimento alle risultanze di un'istruttoria eventualmente compiuta in tal senso.

Ne deriva che l'operazione di acquisizione del 51% del capitale sociale di LGH da parte di A2A, individuata in forma diretta, senza il previo esperimento di una procedura competitiva e comparativa, non sia in linea con la normativa di riferimento, configurando una violazione delle disposizioni dell'art. 1, comma 2 del d.lgs. 163/2006 in tema di società miste, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame.

L'operazione, in ogni caso, potrebbe non integrare la massima valorizzazione economica delle azioni che avrebbe potuto ottenersi con una procedura ad evidenza pubblica funzionale alla cessione delle stesse sul mercato.

Per la selezione del soggetto idoneo ad acquistare la suddetta partecipazione azionaria i soci di LGH avrebbero dovuto infatti espletare una gara esplorativa, indicando il contributo operativo dell'acquirente all'esecuzione delle prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione della LGH.

Inoltre il bando, in considerazione dell'elevato importo della compravendita (pari ad € 113.297.686,00) avrebbe dovuto essere pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

Infatti, in omaggio ai principi di pubblicità e trasparenza, dovevano essere date al mercato tutte le informazioni necessarie affinché potenziali acquirenti potessero essere in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura, come l'indicazione dei criteri di selezione.

In ogni caso, ove si fosse trattato di una vendita di azioni, non comportante la scelta di un socio privato industriale, avrebbero dovuto applicarsi le norme sulla contabilità dello stato, in specie gli artt. 37 ss.,

R.D. 827/1924, che impongono la selezione del socio privato con procedura ad evidenza pubblica, anche al fine di individuare l'operatore economico in grado di offrire il miglior prezzo delle azioni.

Si osserva, infine, che la giurisprudenza comunitaria e nazionale ha da tempo precisato che i principi posti dal Trattato sull'Unione Europea a garanzia del buon funzionamento del mercato unico sono di applicazione generale e devono essere osservati in relazione a qualunque tipologia contrattuale tale da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti, ancorché diversa dagli appalti di lavori, servizi e forniture, disciplinati da specifiche direttive comunitarie (come accade per le concessioni di beni pubblici di rilevanza economica, oltre che per le concessioni di servizi e gli appalti sotto soglia comunitaria Cfr. Corte di Giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/00; Corte di Giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, C-324; Consiglio di Stato. Sez. VI, 30 settembre 2010, n. 7239; nello stesso senso, la comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000, in Gazzetta Ufficiale n. C 121 del 29 aprile 2000).

L'ordinamento comunitario è inoltre indifferente al *nomen* assegnato dall'ordinamento nazionale alla singola fattispecie, e ciò, si ritiene, impone di applicare i principi comunitari anche alla cessione delle partecipazioni nelle società pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali, in quanto l'acquisto delle stesse, se finalizzato allo svolgimento del servizio locale, comporta un'occasione di guadagno per i soggetti operanti sul mercato.

A tali fattispecie, devono ritenersi applicabili le regole concorrenziali minime imposte dai principi comunitari.

In relazione alla presente istruttoria e per quanto prima considerato, il Consiglio

DELIBERA

- di ritenere, per le ragioni meglio precisate in motivazione, qualificabile come scelta di socio-partner industriale l'operazione condotta da LGH S.p.A. mediante la vendita delle proprie azioni ad A2A S.p.A. e, di conseguenza, applicabile l'art. 1, comma 2, del d.lgs. 163/2006, l'art. 113, comma 12 del d.lgs. 267/2000 ed in via graduata comunque l'art. 37 del R.D. n. 827/1924 in materia di contabilità di Stato e, quindi, non esperibile la vendita in via diretta, senza una previa procedura concorsuale, competitiva e comparativa;
- di dare mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera alle società interessate direttamente o indirettamente alla compravendita (Linea Group Holding S.p.A., COGEME S.p.A., AEM Cremona S.p.A., ASM Pavia S.p.A., ASTEM S.p.A; SCS S.r.l., A2A S.p.A.), all'esponente e, per i profili di rispettiva competenza, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e alla Procura competente della Corte dei Conti.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 7 marzo 2018

Il Segretario

Maria Esposito



DOC. N. 1

Autorità Nazionale Anticorruzione

Ufficio Vigilanza Centrali di Committenza e Concessioni di Servizi

Autorità Nazionale Anticorruzione

Prot. Uscita del 13/03/2017

Numero: 0038120

Ufficio: SG - UVSF Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture

Alla COGEME S.p.A

Presidente CDA Dario Lazzaroni

Rovato (BS)

cogemespa.aga@cert.cogeme.net

Alla A.E.M. Cremona S.p.A

Presidente CDA Massimo Siboni

Cremona

aemspa@pec.aemcremona.it

Alla A.S.M. Pavia S.p.A

Presidente CDA dott. Duccio Bianchi

Pavia

segreteria.asm@cert.asm.pv.it

Alla ASTEM S.p.A

Presidente CDA Cristiano Galletti

Lodi

astemspa@legalmail.it

Alla Società Cremasca Servizi S.C.S. S.r.l.

Amministratore S.C.R.P. Società Cremasca Reti e

Patrimonio S.p.A.

Avv. Pietro Moro

gruppo.scrp@mailcert.cremasconline.it

scsspa@pec.it

Alla Linea Group Holding S.p.A.

Presidente CDA Antonio Vivenzi

Cremona

infoigh@cert.lgh.it

e, p.c.

Alla A2AS.p.A.

Presidente CDA Giovanni Valotti

Brescia

a2a@pec.a2a.eu

all'avv. Ilaria Battistini

Bologna

ilariabattistini@ordineavvocatibopec.it

Fascicolo n. 2789/2016 (da citare nella risposta)

Oggetto: Acquisizione da parte di A2A S.p.A. del 51% del capitale sociale di Linea Group Holding S.p.A. **Comunicazione di risultanze istruttorie.**

Premessa

A seguito dell'esposto dell'avv. Ilaria Battistini in nome e per conto di alcuni cittadini, Consiglieri Regionali e Parlamentari del Movimento 5 Stelle acquisito al prot. Anac n. 32603 del 26.2.2016, l'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture (UVSF) ha avviato un procedimento di vigilanza per verificare la legittimità dell'acquisizione da parte di A2A S.p.A. del 51% del capitale sociale di Linea Group Holding S.p.A.

Con la lettera di comunicazione di avvio dell'istruttoria (prot. n. 97784 del 21.6.2016) l'Ufficio UVSF ha richiesto informazioni e chiarimenti sia alla società A2A, che ai soci di Linea Group Holding, che hanno riscontrato nei termini, fornendo la documentazione ed i chiarimenti richiesti.

L'Ufficio UVSF ha acquisito, altresì, il parere interno dell'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici, reso in data 23 dicembre 2016.

Si premette, infine, che a seguito dell'emanazione della delibera Anac n. 1196 del 23.11.2016, avente ad oggetto la modifica dell'assetto organizzativo dell'Autorità, a decorrere dal 1 gennaio 2017 le funzioni di vigilanza sugli affidamenti nell'ambito dei servizi pubblici locali e delle società partecipate sono divenute di competenza dello scrivente Ufficio Vigilanza Centrali di Committenza e Concessioni di Servizi.

Il Consiglio dell'Autorità, sulla base degli atti del fascicolo n. 2789/2016, nella seduta dell'8 marzo 2017 ha disposto l'invio delle seguenti risultanze istruttorie al fine di acquisire eventuali controdeduzioni e/o memorie da parte dei soggetti in indirizzo.

1. La società Linea Group Holding S.p.A (LGH)

Linea Group Holding S.p.A. (di seguito LGH) è una società "multiutility" industriale che, tramite le società da essa controllate, gestisce servizi pubblici locali di rilevanza economica ai sensi dell'art. 112 comma 1 del d.lgs. 267/2000 (Tuel) nelle province lombarde di Cremona, Pavia, Lodi e Brescia.

Più in particolare, le società controllate da LGH operano nei seguenti settori:

- servizio di igiene urbana (Linea Gestioni Srl);
- gestione integrata dei rifiuti (Linea Ambiente Srl);
- erogazione del gas metano, progettazione, costruzione e manutenzione della rete (LD Reti Srl);
- commercializzazione di gas metano ed energia elettrica (Linea Più Spa);
- gestione di impianti di trattamento rifiuti e sistemi di teleriscaldamento di Cremona e Lodi (Linea Reti Impianti Srl);
- produzione di energia termica ed elettrica, in prevalenza da fonti rinnovabili (Linea Energia S.p.A.);
- erogazione dei servizi ICT - in oltre 300 comuni della Lombardia - (Linea Com Srl).

L'intero pacchetto azionario di LGH era detenuto, al momento dell'esposto, dalle società COGEME S.p.A, A.E.M. Cremona S.p.A., S.C.R. S.r.l., A.S.M. Pavia S.p.A. e ASTEM S.p.A., società pubbliche a loro volta integralmente partecipate da enti pubblici locali, tra cui i comuni di Cremona, Crema, Lodi, Pavia e Rovato.

Precisamente A.E.M. Cremona era proprietaria di azioni rappresentanti il 30,92% del capitale sociale della LGH; COGEME del 30,92%; A.S.M. del 15,9%; ASTEM del 13,22% ed S.C.S. del 9,05% del capitale sociale.

LGH, pertanto, pur non essendo controllata direttamente da enti locali, è da essi controllata in modo "indiretto" tramite le società partecipate dagli stessi enti locali.

2. La società A2A S.p.A.

La A2A S.p.A. - anch'essa una multiutility - gestisce servizi pubblici locali di rilevanza economica ai sensi dell'art. 112 comma 1 Tuel nelle provincie di Brescia e Milano.

Quotata in Borsa dal 2001, opera nei mercati della produzione, distribuzione e vendita di energia elettrica, della vendita e distribuzione del gas naturale, della produzione, distribuzione e vendita di calore tramite reti di teleriscaldamento, della gestione dei rifiuti e della gestione del ciclo idrico integrato.

Il pacchetto azionario di A2A è detenuto dal Comune di Milano (25%), dal Comune di Brescia (25%) dalla Norges Bank (2,1%) e dalla stessa A2A (0,9%).

Il capitale sociale flottante, pari al 47%, è detenuto per il 26,3% da investitori istituzionali britannici, il 24,9% da investitori italiani, il 15,0% da investitori statunitensi. Sono inoltre presenti investitori istituzionali francesi (10,6%), lussemburghesi (8,8%) e tedeschi (4,1%). Gli investitori retail sono circa 95.000 e detengono il 16,2% del capitale sociale¹.

A2A è inoltre ente aggiudicatore nei settori speciali di cui alla direttiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (pubblica bandi per la selezione dei fornitori).

3. Fatto

In data 9 novembre 2015 A2A ha formulato ai soci di LGH un'offerta vincolante (successivamente precisata in alcuni punti il 18 novembre 2015) avente ad oggetto i principali termini e condizioni della possibile "partnership industriale" tra LGH e A2A per l'acquisto del 51 % del capitale di LGH da parte di A2A.

All'esito dell'iter di approvazione della prospettata operazione da parte dei rispettivi organi sociali, in data 12 gennaio 2016 i soci di LGH hanno accettato l'offerta vincolante.

In data 4 marzo 2016 i soci di LGH hanno sottoscritto un "accordo di partnership" (di seguito Accordo del 4 marzo) con la A2A S.p.A. per disciplinare i termini e le condizioni della prospettata "operazione di integrazione" tra LGH e A2A da realizzarsi mediante l'acquisizione del 51% del capitale sociale di LGH da parte di A2A, a fronte del pagamento di un corrispettivo complessivo pari ad Euro 113.297.686,00 di cui:

- Euro 65.990.779,20, corrispondente al 58,25% del prezzo, in denaro;
- Euro 47.306.906,80, corrispondente al 41,75% del prezzo, in azioni di A2A.

¹ Dati elaborati sulla base del libro soci aggiornato alla data di distribuzione del dividendo del 24 Giugno 2015 (fonte www.a2a.eu/it).

L'obbligo di A2A e dei Soci di LGH di procedere all'esecuzione dell'Accordo era sospensivamente condizionato all'avveramento di alcune condizioni, ivi compreso il rilascio dell'autorizzazione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, relativamente al procedimento di concentrazione nei confronti di A2A in quanto soggetto che, per effetto dell'esecuzione dell'Accordo, avrebbe controllato LGH (la comunicazione di avvio dell'istruttoria Anac è stata inviata per conoscenza all'Agcm).

Con delibera del 28 luglio 2016 l'Agcm ha autorizzato l'acquisizione del controllo di LGH da parte di A2A, imponendo, tuttavia, alcune misure correttive ai sensi dell'art. 6 comma 2 della legge n. 287/90, in quanto, nel corso dell'istruttoria, era emerso che l'operazione avrebbe costituito una posizione dominante nel mercato lombardo del trattamento dei rifiuti urbani indifferenziati, con effetti pregiudizievoli per gli utenti finali, poiché riguardava i due principali soggetti del mercato di riferimento.

Per rendere compatibile con la concorrenza l'operazione, l'Agcm ha imposto ad A2A misure sia strutturali, che obbligano la società a cedere un impianto e a mettere a disposizione di terzi la capacità di trattamento dei rifiuti, sia comportamentali, che impongono obblighi di accesso ai propri impianti a condizioni non discriminatorie e vincoli ai prezzi di conferimento praticati dalla società.

Le misure comportamentali imposte ad A2A saranno efficaci immediatamente dopo il *closing* dell'operazione, quelle strutturali saranno attuate secondo un calendario che sarà oggetto di stretto monitoraggio da parte dell'Agcm.

A seguito della delibera dell'Agcm, e dell'avveramento delle altre condizioni sospensive previste nell'accordo del 4 marzo, in data 4 agosto 2016 i Soci LGH ed A2A hanno proceduto al "closing" dell'operazione, dando esecuzione all'accordo del 4 marzo 2016.

Con atto a rogito del Notaio Edmondo Todeschini di Milano Rep. 21208 Racc. 8662 del 4 agosto 2016, il soci di LGH hanno infatti venduto ad A2A (ciascuno in percentuale rispetto alla propria partecipazione) la piena proprietà di n. 96.642.000 azioni, pari al 51% del capitale di LGH, per un prezzo complessivo di € 98.894.195,21 corrisposto in parte in denaro, in parte in azioni proprie di A2A².

Sempre il 4 agosto, si è tenuta l'assemblea dei soci di LGH che, tra l'altro, ha deliberato l'adozione del nuovo statuto ed ha nominato il nuovo CDA.

4. Valutazioni

Come verrà illustrato nel prosieguo, in base alle risultanze istruttorie l'operazione di acquisizione del 51% del capitale sociale di LGH da parte di A2A, individuata in forma diretta, senza il previo esperimento di una procedura competitiva e comparativa, si pone in contrasto con la normativa di riferimento, configurando una violazione delle disposizioni dell'art. 1, comma 2 del d.lgs. 163/2006 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame) che impongono la selezione del socio privato con procedura ad evidenza pubblica.

4.1 L'affidamento la gestione di servizi pubblici locali tramite società mista.

Preliminarmente occorre ricordare che i servizi pubblici locali, a seguito dell'abrogazione referendaria avvenuta a giugno del 2011 dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008 e della sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale (che ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 del d.l. 138/2011, convertito in legge n.

² Il conteggio è stato effettuato in base alla dichiarazione del Notaio Todeschini del 4 agosto 2016 acquisita agli atti.

148/2011 per contrasto con l'art. 75 Cost., ossia per il fatto di contrastare con l'esito referendario) sono regolati, ad oggi, nell'ordinamento nazionale, dalla normativa comunitaria, che richiede l'applicazione di regole concorrenziali per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica.

Secondo la normativa comunitaria gli enti locali possono procedere ad affidare la gestione dei servizi pubblici locali attraverso 3 modelli:

- a) esternalizzazione a terzi mediante procedure ad evidenza pubblica. I possibili modelli procedurali sono: appalto di lavori e/o servizi; concessione di lavori e/o servizi; concessione di costruzione e gestione; project financing; finanziamento tramite terzi secondo le disposizioni in materia di appalti e concessioni di servizi;
- b) società mista pubblico-privata di cui all'art. 3 comma 15 ter del d.lgs. 163/2006, oggi sostituito dall'art. 3 del d.lgs. 50/2016 (si tratta di una delle tipologie di Partenariato Pubblico Privato Istituzionalizzato -PPPI);
- c) affidamento diretto a società a totale capitale pubblico corrispondente al modello cd. "in house providing" purché sussistano i requisiti previsti dall'ordinamento comunitario e vi sia il rispetto dei vincoli normativi vigenti.

La società A2A, pur essendo partecipata al 50% dai Comuni di Milano e Brescia non può considerarsi una società "in house" dei suddetti Comuni, in quanto difetta il requisito del capitale pubblico totalitario.

Pertanto, la fattispecie oggetto di istruttoria concerne l'affidamento di servizi tramite il modello della società mista.

4.2 La necessità della gara (a doppio oggetto)

Sulla necessità dell'esperimento di un confronto concorrenziale, nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, l'Anac si è espressa con delibera n. 20 del 12 novembre 2014, nel caso relativo all'acquisizione del 51% del capitale sociale della SO.A.CO. Spa, società per la gestione dell'aeroporto di Comiso.

Si richiama, inoltre, il parere sulla normativa AG 28/14 del 21.5.2014, relativo all'affidamento dei servizi pubblici locali a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica.

A ciò si aggiunga che secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, la gara effettuata per la scelta iniziale del socio privato è sufficiente ai fini dell'affidamento del servizio, a condizione che le attività operative che da affidare alla società mista siano oggetto della medesima gara e siano specificamente indicate.

Tale avviso è coerente con quanto affermato dalla Commissione europea nella Comunicazione del 5 febbraio 2008 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), secondo la quale «Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetti sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione di PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto».

In coerenza con tale avviso, il legislatore nazionale, con il d.l. 25 settembre 2009 n. 135, convertito con modifiche dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, ha sostituito il comma 2 dell'art. 23-*bis* del d.l. n.

122/2008 annoverando espressamente tra le modalità ordinarie di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali l'affidamento «a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) [principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità], le quali abbiano ad oggetto al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento» e, quindi, qualificandola formalmente quale procedimento ad evidenza pubblica.

Da quanto sopra emerge con chiarezza che l'affidamento “diretto” del servizio alla società mista, ivi compresa la società mista affidataria di servizi pubblici locali, è conforme ai principi comunitari di concorrenza e *par condicio*, nei limiti in cui il servizio stesso è fatto oggetto di confronto concorrenziale nella procedura ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato, ovvero nei limiti in cui è “messo a gara”.

Ne discende che la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario (Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824).

In conformità a quanto sopra, anche il d.lgs. 163/2006 ha sancito all'art. 1, comma 2 che «nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica». Tale disposizione è stata oggetto di interpretazione da parte della giurisprudenza amministrativa la quale ha osservato che la norma risulta dichiarativa e confermativa di una regola generale già presente nell'ordinamento, introdotta dal d.p.r. n. 533/1996 (art. 1 c segg.) di attuazione della l. n. 498/1992 (art. 12), successivamente reiterata nel d.lgs. 267/2000 (art. 116) che impone che la scelta del socio privato operativo debba avvenire con procedura di evidenza pubblica. Pertanto, l'elusione di detta regola si risolverebbe in un inammissibile consolidamento di posizioni monopolistiche e nella sottrazione al mercato dei servizi pubblici locali della stessa possibilità di accesso di imprese interessate, già notevolmente compressa e sacrificata dal sistema degli affidamenti diretti (Cons. St. Ad. plen. 1/2008; 2^a, 456/2007, nonché 2516/2003; 192/1998).

La stessa giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. V, 18/12/2009 n. 8376) ha aggiunto che l'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 163/2006, richiede un'interpretazione estensiva, dovendo la disposizione trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui una società già operi come affidataria di un servizio.

In particolare, la disposizione si applica anche nell'ipotesi in cui una società mista, ove pure non originariamente tale, apra il proprio capitale all'apporto di un socio privato industriale attraverso un'operazione straordinaria di vendita di quote o di aumento di capitale, cosicché risulti modificato, per effetto di detta operazione, l'assetto soggettivo della gestione.

Dunque, ogniqualvolta - attraverso il ricorso ad operazioni di carattere straordinario destinate a mutare la compagine di una società che abbia ottenuto l'affidamento diretto o tramite gara di un servizio pubblico - si pervenga al risultato di dar vita a una società mista oppure, alternativamente, al risultato di modificare il profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già affidato (mediante l'associazione al capitale e alla gestione di nuove figure imprenditoriali o la sostanziale sostituzione delle imprese originariamente affidatarie), allora si realizza in via derivata anche un diverso affidamento del servizio pubblico. Il giudice amministrativo chiarisce al riguardo che l'affidamento di un servizio, quand'anche realizzato attraverso la costituzione, originaria o successiva, di una società mista con socio privato

operativo, è un'attività sempre connotata da autoritatività a fronte della quale si stagliano interessi legittimi dei soggetti coinvolti e, come tale, esso soggiace anche all'osservanza delle regole pubblicistiche e si deve necessariamente svolgere attraverso procedure di evidenza pubblica, governate dai principi del diritto interno e sovranazionale. In effetti, qualora detto socio non sia un mero finanziatore, ma presenti le caratteristiche di un socio "operativo" o "industriale", allora è indubbio che, attraverso la sua partecipazione al capitale sociale, si realizzi anche un parallelo fenomeno di circolazione dell'affidamento. Ricorre pertanto, anche in tale ipotesi, l'esigenza di osservare i principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza immanenti in ogni vicenda in cui si abbia l'attribuzione, all'esterno del circuito pubblicistico, di un'utilità economicamente valutabile (Consiglio di Stato, Sez. V, 18/12/2009 n. 8376).

Anche la giurisprudenza più recente sottolinea che la cessione da parte di un'amministrazione pubblica di una partecipazione in una società mista deve avvenire tramite espletamento di procedure ad evidenza pubblica e pertanto in caso contrario si realizza una violazione dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 163/2016 (Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 4014 del 28.9.2016).

4.3 Le cd. società di terzo grado

I principi sopra richiamati devono ritenersi applicabili anche nel caso in cui, come nella fattispecie in esame, non sia direttamente un'amministrazione pubblica a selezionare il socio privato ma una società totalmente partecipata, ancorché indirettamente, da amministrazioni pubbliche locali.

LGH infatti è una società cd. "di terzo grado", cioè controllata indirettamente dai comuni.

A riguardo l'Anac, con i pareri di precontenzioso n. 92 del 20.3.2008 e nn. 212 e 213 del 31.7.2008 ha affermato che anche le società nelle quali la partecipazione dell'ente locale alla società sia meramente indiretta sono soggette alle prescrizioni di cui all'art. 13, comma 1, del D.L. n. 223/2006 come convertito dalla legge 4 agosto 2006 n. 248 (Decreto Bersani) al fine di evitare che l'applicazione del divieto alle sole partecipazioni dirette, rappresenti un facile strumento di elusione della norma mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate.

La giurisprudenza ha inoltre evidenziato come il ricorso a schemi organizzativi di tipo privatistico non può sottrarre l'attività delle amministrazioni pubbliche all'osservanza delle vincolanti e imperative discipline per esse dettate. Diversamente opinando potrebbero determinarsi gravi elusioni del principio di legalità e delle previsioni dell'art. 97 Cost.; dunque, anche l'attività amministrativa volta alla costituzione ed alla gestione di società di capitali, ogniquale volta essa si risolva nell'esercizio (ove pure indiretto) di potestà autoritative pubbliche, è e rimane "attività funzionalizzata" e, come tale, soggiace anche alla disciplina pubblicistica che le è propria (Consiglio di Stato, Sez. V, 18/12/2009 n. 8376 cit.).

4.4 Ulteriori norme che impongono lo svolgimento della gara

La necessità dello svolgimento di procedure ad evidenza pubblica nel caso di cessione di partecipazioni societarie degli enti pubblici è ribadita anche dalle seguenti disposizioni normative:

- a) art. 113, comma 12 del Tuel secondo cui «L'ente locale può cedere tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici dei servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere»;
- b) art. 568 bis della legge 147/2013, per cui le PA locali possono procedere all'alienazione delle società controllate direttamente o indirettamente a condizione che questa avvenga con procedura a evidenza pubblica;

c) art. 37 del R.D. 827 del 1924 (Regolamento generale di contabilità dello Stato) che può essere interpretato nel senso che la vendita di società pubbliche (si tratti di una quota del capitale così come dell'intera partecipazione) è soggetta alle regole dell'evidenza pubblica.

Ai sensi dell'art. 37 del R.D. 827/1924 infatti «tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli». Il successivo art. 41 dispone che si può ricorrere alla trattativa privata nel caso di incanto pubblico andato deserto o del ricorrere di circostanze eccezionali.

In proposito, la Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, con deliberazione n. 494 del 20.11.2013 ha evidenziato che la disciplina della vendita delle quote azionarie di una società per azioni (oggetto di obbligo di dismissione) va rinvenuta nella legge di contabilità e nel relativo regolamento (ciò in quanto il d.lgs. 163/2006 fa riferimento ai contratti passivi).

Secondo i magistrati contabili, l'ente pubblico potrà trattare con i soggetti in possesso dei requisiti indicati negli artt. 38 e ss. del d.lgs. 163/2006 «requisiti da ritenersi, per l'inscindibile connessione con esigenze di legalità formale e, soprattutto, sostanziale, applicabili anche alle gare per la stipula di contratti attivi».

Quanto alla modalità di svolgimento della procedura «essa dovrà individuarsi nella determina a contrarre in coerenza con i principi di non discriminazione, pubblicità, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa: a tal fine, appare preferibile procedere alla trattativa privata dopo aver interpellato “più persone o ditte” (art. 92 RD 827/24), con modalità conformi ai principi generali della contrattualistica pubblica».

In ordine all'importo di vendita delle azioni, tale valore dovrà mantenersi congruo rispetto alla situazione concreta del mercato.

5. La ricostruzione fattuale e giuridica prospettata dai soci di LGH

In corso di istruttoria sono state acquisite le memorie dei soci della LGH, che hanno rappresentato, in primo luogo, che la fattispecie in esame sarebbe una “operazione di integrazione” nell'ambito di un processo di aggregazione industriale relativo a LGH, con la finalità di creare, tra gli altri fattori, adeguate sinergie che possano contribuire al rafforzamento della presenza e della competitività di LGH, nonché al miglioramento ed efficientamento dei servizi resi. In questa ottica, l'accordo sottoscritto il 6 marzo 2016 sarebbe un “accordo di partnership”.

I soci della LGH giustificano l'assenza di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta di A2A, in quanto, per ragioni oggettive e di mercato, hanno ritenuto necessario procedere all'integrazione con un'altra società, di maggiori dimensioni, che è stata individuata in una società partecipata da enti locali, quotata in borsa all'anno 2003. Qualunque altro operatore di mercato, infatti, non avrebbe fatto conseguire a LGH il regime proprio della società partecipata da enti locali quotata all'anno 2003 e quindi non avrebbe consentito a LGH e ai suoi soci di realizzare gli obiettivi identificati.

I soci di LGH hanno giustificato la decisione di realizzare una “quotazione indiretta” di LGH, cedendo le azioni di LGH ad una società quotata in borsa partecipata da enti locali quotata in borsa dal 2003, in base alle seguenti ragioni.

L'attuale situazione del mercato dell'energia, caratterizzata da un'elevata competitività, da una crescente pressione sui margini, generata anche da costanti interventi delle autorità di regolazione, lascia ben poche speranze di sopravvivenza, nel breve/medio periodo, alle realtà di piccole dimensioni. Si tratterebbe, per i soci di LGH, di un dato oggettivo e non sindacabile, che ispira alcune scelte recenti di politica legislativa chiaramente finalizzate ad incentivare, nella massima misura possibile, l'aggregazione tra le imprese utilities.

I Soci LGH hanno ritenuto che, identificato l'obiettivo dell'integrazione, la strada migliore fosse rappresentata dall'integrazione con una società utility quotata di maggiori dimensioni.

Ciò essenzialmente per tre ragioni:

1) in primo luogo, solo l'integrazione con una quotata avrebbe consentito a LGH di conseguire lo speciale regime previsto dalla legge a favore delle società controllate da società quotate; tale regime rappresenta, di per sé, un vantaggio di natura oggettiva, non fungibile, e facilmente apprezzabile, in quanto lo status di società quotata (o di controllata da una quotata) consentirebbe:

a) di superare i molteplici vincoli e limiti previsti a carico delle società pubbliche non quotate (che, a seguito di varie stratificazioni normative, coprono ormai tutti gli aspetti della vita sociale, dalla composizione del consiglio alle modalità di reclutamento del personale) «vincoli e limiti che rappresentano un pesante problema per chi, come LGH, deve confrontarsi in un mercato a competizione crescente dominato da operatori privati e società a controllo pubblico quotate che non soggiacciono a tali limiti»;

b) di ottenere i vantaggi, in termini di durata degli affidamenti, connessi allo status di società controllata da un'altra società che era già quotata nell'anno 2003.

A tale proposito, i soci di LGH hanno fatto riferimento all'art. 34, c. 22, del decreto legge n. 179 del 18.10.2012 (conv. con legge 17.12.2012, n. 221) che così recitava³ «Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020».

Nel caso di LGH, in base a quanto affermato dai Soci, tale regime sarebbe stato conseguibile: i) con la fusione per incorporazione in società quotata all'anno 2003 - operazione «pacificamente esente da qualsivoglia obbligo di gara, come chiarito da giurisprudenza del Consiglio di Stato»; ii) attraverso l'acquisizione del controllo di LGH da parte di una società quotata all'anno 2003 «essendo pacifico, per espressa previsione di legge, che il regime degli affidamenti della società controllata da società quotata all'anno 2003 sia il medesimo di quest'ultima».

Esclusa la prospettiva della fusione per incorporazione in altra società, i Soci LGH hanno preso in esame la seconda ipotesi.

2) In secondo luogo, nel mondo delle imprese utilities, i principali operatori sarebbero società quotate. Essendo LGH alla ricerca di rilevanti economie di scala e sinergie, l'integrazione con altri piccoli operatori, oltre ad essere nella pratica assai complessa e di difficile realizzazione, data la molteplicità di interessi coinvolti, non rappresentava l'opzione ottimale, a dire dei soci di LGH.

3) In terzo luogo, a dire dei soci di LGH, una volta definito, per ragioni oggettive e razionali, il perimetro delle società con le quali realizzare un'integrazione alle sole società quotate limitandolo alle sole società quotate all'anno 2003, la procedura di selezione aperta, trasparente e non discriminatoria (art. 1 d.l. 31 maggio 1994, n. 332, conv. in l. 30 luglio 1994, n. 474; art. 4, comma 218, lett. a), l. 24 dicembre 2003, n. 350; art. 3 bis, co. 2 bis, d.l. 13 agosto 2011, n. 138) della società alla quale cedere il controllo di LGH doveva essere necessariamente limitato a questa sola categoria di possibili offerenti.

³ Tale norma è stata modificata dall'art. 8, comma 1, legge n. 115 del 2015 "Legge Europea 2014" entrata in vigore il 18 agosto 2015.

Qualunque altro operatore di mercato, infatti, non avrebbe fatto conseguire ad LGH il regime proprio della società quotata partecipata da enti locali quotata all'anno 2003 e, quindi, non avrebbe consentito a LGH e ai suoi soci di realizzare gli obiettivi identificati.

Ciò premesso, i soci di LGH hanno dichiarato che l'individuazione in forma diretta di A2A è avvenuta per ragioni di carattere tecnico ed in circostanze eccezionali "in presenza di elementi di unicità ed infungibilità di A2A" che hanno consentito di non esperire un confronto competitivo con altre società.

Tali ragioni di carattere tecnico sono supportate dai seguenti documenti (acquisiti agli atti):

- ✓ analisi effettuata da KPMG su "Elementi di infungibilità A2A per LGH" del novembre 2015;
- ✓ relazione di Mediobanca del novembre 2015 che analizza dal punto di vista finanziario il titolo di A2A;
- ✓ "fairness opinion" di Unicredit del dicembre 2015 sulla congruità del corrispettivo offerto da A2A, che illustra la convenienza finanziaria dell'operazione per i soci di LGH.

Attesa l'infungibilità di A2A, per i soci di LGH, l'affidamento diretto sarebbe consentito in base alle seguenti ragioni:

- a) la norma dell'art. 41 del r. d. n. 827 del 1924, per cui è possibile procedere alla stipulazione di contratti a trattativa privata, tra l'altro, per l'acquisto di cose per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte e, in generale, in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente eseguite le procedure ordinarie;
- b) la norma dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016 (non direttamente applicabile al caso di specie ma comunque espressione di principi generali nel settore dei contratti pubblici) che prevede la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara può essere utilizzata quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico quando «la concorrenza è assente per motivi tecnici»;
- c) la giurisprudenza ha chiarito che la normativa in tema di gare pubbliche consente l'affidamento tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nel caso in cui, per ragioni di natura tecnica, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato (Corte dei Conti, Sez. Contr., 30 luglio 2008, n. 8);
- d) la previsione dell'art. 10 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante il nuovo testo unico in materia di società a partecipazione pubblica per cui l'alienazione delle partecipazioni (delle p.a.) dovrà essere effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. In casi eccezionali a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione potrà essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente;
- e) costituirebbe principio consolidato nell'ordinamento europeo e nazionale che le operazioni di riorganizzazione societaria, comprese le operazioni di acquisizione e cessione di azioni, degli operatori affidatari di contratti pubblici sono esentate dagli obblighi di gara. I soci di LGH richiamano le seguenti norme:

- ✓ l'art. 43, comma 1 lett. d), della Direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, prevede che le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione nel caso in cui «al concessionario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della presente direttiva»;

✓ l'art. 106 comma 1 lett. d) del d.lgs. 50/2016 prevede che i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento qualora «all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o per contratto, anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice».

Nel caso in esame - a dire dei soci di LGH - non si darebbe luogo ad un semplice negozio di compravendita ma ad una prosecuzione dell'attività in capo ad un soggetto diverso come conseguenza di un'operazione societaria straordinaria, che conserva l'unità dell'azienda appaltatrice (esecutore) e dei suoi requisiti;

✓ la legge 190/2014, all'art. 1 comma 609, inserendo il comma 2 bis all'art. 3 bis del d.l.13.8.2011 n. 138 avrebbe volontariamente omissso il riferimento all'evidenza pubblica, disponendo che "L'operatore economico succeduto al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente, prosegue nella gestione dei servizi fino alle scadenze previste".

La ratio della suddetta disposizione, per i soci di LGH, sarebbe la stessa della legge delega per il riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche (legge n. 124/2015, art. 18), vale a dire quella della promozione dell'integrazione tra società partecipate da enti locali operanti nel settore dei servizi pubblici locali.

Infine, i soci di LGH hanno dichiarato che nel caso in questione, non vi sarebbe nemmeno una successione nella gestione dei servizi pubblici, posto che LGH continuerebbe a svolgere i servizi affidati.

6. Valutazioni

6.1 La qualificazione della fattispecie

A prescindere dalla terminologia utilizzata negli atti e nelle relazioni dei soci LGH, nei quali si parla di «accordo di partnership»; «operazione di integrazione»; «sinergia», si ritiene che la fattispecie in esame possa essere qualificata come una vendita di partecipazione azionaria di una società pubblica (LGH) indirettamente controllata da enti locali (società di terzo grado).

Infatti, ai termini ed alle condizioni previste dall'Accordo del 4 marzo, i soci di LGH hanno venduto e trasferito al compratore A2A, che le ha acquistate, le azioni di LGH, per il corrispettivo pattuito di cui al punto n. 2.1 dell'accordo stesso.

Tutta la documentazione contrattuale contiene riferimenti espliciti alla compravendita, da ultimo l'atto notarile del 4 agosto 2016 Rep. 21208 Racc. 8662, intitolato "Vendita di azioni".

6.2 La limitazione della concorrenza

La scelta di limitare il perimetro delle società a cui cedere le azioni di LGH alle sole società quotate partecipate da enti locali, anziché alle società quotate tout court (anche estere) e non partecipate da enti locali, che si inseriscono nello stesso business LGH, appare in contrasto con il principio di libera concorrenza.

Tale scelta, come già evidenziato, è stata motivata in virtù di un «regime normativo di favore» delle società partecipate da enti locali, individuato nell'articolo 34, comma 22, del decreto legge n. 179 del 18.10.2012 (conv. con legge 17.12.2012, n. 221).

A riguardo si osserva quanto segue.

In base all'originaria formulazione della suddetta norma, gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020.

Pare dunque che il mancato esperimento di una procedura concorrenziale sia stato finalizzato di modo che LGH potesse beneficiare di una maggiore durata degli affidamenti diretti.

Si osserva, tuttavia, che la suddetta norma è stata modificata dall'art. 8, comma 1, legge n. 115 del 2015 "Legge Europea 2014" entrata in vigore il 18 agosto 2015 e quindi già in vigore al momento dell'offerta di A2A.

L'art. 8 ha modificato la disciplina transitoria applicabile agli "affidamenti diretti" di servizi pubblici locali di rilevanza economica, ai sensi dell'art. 34, comma 22, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, con legge 17 dicembre 2012, n. 221.

La nuova disciplina fa salvi gli affidamenti assentiti a società a partecipazione pubblica quotate in mercati regolamentati prima del 31 dicembre 2004 da società da queste controllate alla medesima data.

E prevede che tali affidamenti termineranno alla naturale scadenza del contratto oppure nel 2020, se nel contratto non è prevista alcuna scadenza.

Introduce, inoltre, una disposizione per giungere alla chiusura degli affidamenti assentiti a società poste, dopo il 31 dicembre 2004, sotto il controllo di società quotate in borsa a seguito di operazioni societarie in assenza di procedure conformi alle norme dell'Unione europea sui medesimi affidamenti.

La nuova disciplina prescrive altresì che tali affidamenti cessino improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante il 31 dicembre 2018 o, se anteriori, alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto⁴.

Nel Dossier del Servizio Studi del Senato n. 226 del giugno 2015 sull'A.S. n. 1962 "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2014" si ripercorre l'iter che ha portato alla suddetta modifica normativa.

L'art. 8 della legge 115/2015 infatti è stato introdotto al fine di risolvere due procedure di infrazione (n. 2012/2050 e n. 2011/4003) nelle quali è stata contestata allo Stato italiano la violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e concessioni, derivante da affidamenti di servizi di igiene urbana da parte di alcuni Comuni.

La procedura di infrazione n. 2012/2050 era stata avviata relativamente all'affidamento dei servizi di igiene urbana ad Aspem, che fino al 15 gennaio 2009 era una società per azioni interamente pubblica. In tale ultima data, una quota del 90% di Aspem è stata ceduta alla società A2A, partecipata da investitori privati per il 44% del capitale.

⁴ «Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 31 dicembre 2004 a società a partecipazione pubblica già quotate in mercati regolamentati a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile alla medesima data, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020. Gli affidamenti diretti a società poste, successivamente al 31 dicembre 2004, sotto il controllo di società quotate a seguito di operazioni societarie effettuate in assenza di procedure conformi ai principi e alle disposizioni dell'Unione europea applicabili allo specifico affidamento cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2018 o alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto, se anteriori».

Per la Commissione europea, in conseguenza della privatizzazione di ASPEM, i comuni coinvolti avrebbero dovuto risolvere l'affidamento stesso e riassegnare il servizio di igiene urbana a mezzo di gara pubblica, o, altrimenti, avrebbero dovuto mettere a gara la vendita stessa della quota del 90% di Aspem ad A2A.

Nessuna delle due operazioni, secondo la Commissione, è stata messa in atto dai Comuni di Varese e Casciago.

In risposta alla lettera di messa in mora della Commissione, le autorità italiane avevano rilevato l'ostacolo per i comuni interessati a conformarsi alla disciplina europea derivante dalla normativa nazionale di cui all'art. 34, comma 22, del decreto-legge 179 del 2012. In base a tale disposizione, gli affidamenti pubblici, già in essere alla data del 1° ottobre 2003 - in favore di società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate - restano necessariamente in vigore fino alla scadenza disposta nei relativi accordi, e, in mancanza della determinazione di tale scadenza, fino al 31 dicembre 2020. Nell'ambito di questa fattispecie, secondo le autorità italiane, rientrava anche il caso di Aspem che nel 2009, è passata sotto il controllo di A2A, già quotata in borsa al 1° ottobre 2003. Pertanto, in base al richiamato art. 34, i Comuni di Varese e Casciago, soci di Aspem non potevano risolvere i loro affidamenti prima, rispettivamente, del 2030 e del 2015.

La Commissione europea non ha tuttavia ritenuto che un impedimento derivante da una normativa nazionale potesse giustificare la mancata applicazione della disciplina europea da parte dei comuni interessati; preso atto che il richiamato art. 34, comma 22 del decreto legge 179/2012 impone alle amministrazioni aggiudicatrici di mantenere in essere fino alla scadenza naturale del contratto, affidamenti assentiti senza procedure di evidenza pubblica a società con partecipazione privata significativa o preponderante. La Commissione ha contestato anche la compatibilità con la richiamata normativa in materia di appalti e concessioni del medesimo art. 34, comma 22.

In risposta alla messa in mora complementare e ai fini della soluzione della procedura di infrazione, le autorità italiane hanno sottoposto nell'aprile 2014 alla Commissione una ipotesi di modifica del richiamato art. 34, comma 22, volta a disporre la cessazione al 31 dicembre 2020 di tutti gli affidamenti assentiti senza procedure di evidenza pubblica a società con partecipazione privata.

La Commissione ha tuttavia considerato non proporzionato e non giustificato da ragioni obiettive un periodo transitorio di durata così lunga.

Pertanto, con la modifica introdotta dall'art. 8 della legge 115/2015, il periodo transitorio è stato anticipato al 2018.

Nel Dossier si legge inoltre che la Corte di giustizia ha rilevato che nella disciplina europea degli appalti vige un principio in base al quale quando un appalto è stato attribuito senza indizione di una gara da una autorità pubblica ad una società a capitale interamente pubblico, in quanto considerata una struttura 'interna', il fatto che, durante il periodo di validità di tale appalto, azionisti privati siano ammessi a partecipare al capitale di detta società, costituisce un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessita di un'indizione di una nuova gara.

6.3 L'acquisizione del controllo di fatto e di diritto da parte di A2A su LGH

I soci di LGH hanno dichiarato che nel caso in questione non vi sarebbe una "successione" nella gestione dei servizi pubblici da parte di A2A, posto che LGH continuerebbe a svolgere i servizi affidati. Ad avviso dello scrivente Ufficio, sebbene non vi sia, almeno nell'immediatezza, il subentro di A2A nell'esecuzione dei servizi pubblici svolti da LGH, non si tratta nemmeno di una mera modifica della compagine azionaria di LGH, che vede A2A nel ruolo di mero finanziatore.

Infatti, attraverso l'operazione in esame, A2A, con l'acquisto del 51% delle azioni di LGH, e dunque disponendo della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, acquisisce una situazione di «controllo di diritto» sulla LGH ai sensi dell'art. 2359 del codice civile.

Inoltre, in seguito al *closing*, con l'assemblea dei soci della LGH tenutasi lo stesso 4 agosto 2016 sono stati azzerati gli organi sociali di LGH ed è stato nominato un nuovo CDA, composto da 13 membri, di cui 7 nominati da A2A, che ha nominato anche l'Amministratore Delegato (in base agli accordi del 4 marzo nominerà anche la maggioranza dei membri effettivi del Collegio Sindacale) mentre i soci di minoranza di LGH hanno nominato gli altri 6 amministratori e il Presidente del Consiglio di Amministrazione (si veda art. 8 dell'Accordo).

Alla luce di quanto sopra, a decorrere dal 4 agosto 2016, A2A potrà orientare le scelte gestionali di LGH, attraverso il CDA, l'Amministratore Delegato e la maggioranza dei voti in Assemblea.

Anche l'Agcm nel provvedimento del 27 luglio 2016 afferma che il sistema di *governance* della LGH, dopo l'acquisizione «garantisce la preminenza di A2A su LGH».

A2A potrà infatti da sola influenzare le decisioni assembleari, tranne in alcuni casi per i quali è richiesta una maggioranza qualificata, che, tuttavia, non riguardano decisioni strategiche della società.

A ciò si aggiunga che l'operazione in esame subirà un'ulteriore evoluzione, che - anche in base a quanto affermato dall'Agcm - garantirà la stabilità del controllo di A2A su LGH.

Infatti, l'Accordo del 4 marzo prevede, sotto il titolo di “evoluzione della partnership”, dopo tre anni dal closing, la presentazione da parte di A2A, ai soci di LGH, di una “proposta preliminare in merito alla fusione per incorporazione di LGH in A2A” il cui iter è disciplinato dall'art. 22 dell'Accordo stesso. Inoltre, in base all'art. 22 dell'Accordo, qualora il progetto di fusione non andasse a buon fine, A2A si obbliga a presentare un'offerta di acquisto ai soci di LGH per acquistare da questi ultimi tutte (e non meno di tutte) le partecipazioni di cui essi siano titolari in quel momento, al prezzo fissato da A2A.

Qualora i soci minoritari di LGH approvino il prezzo indicato da A2A, sono previste due possibilità:

- a) se “la legge vigente” non prevede il necessario previo esperimento di una procedura competitiva, i soci minoritari si obbligano ad accettare l'offerta di acquisto A2A;
- b) se invece la “legge vigente” impone di esperire una procedura competitiva, i soci minoritari dovranno avviare detta procedura competitiva in conformità ai criteri di trasparenza e di concorrenza al fine di raccogliere manifestazioni di interesse per l'acquisto di tutte (e non meno di tutte) le Partecipazioni detenute dai Partner Minoritari oggetto dell'Offerta di Acquisto A2A ad un prezzo non inferiore al prezzo indicato nell'Offerta di Acquisto A2A.

Tuttavia, in base all'art. 22.9 lettera a) dell'Accordo, il bando di gara dovrà prevedere un diritto di prelazione in favore di A2A.

Alla luce di quanto sopra, o a seguito alla fusione per incorporazione, o in seguito all'acquisto del 100% del capitale sociale di LGH, si può dedurre che, tra un triennio, i servizi pubblici locali oggi svolti “formalmente” da LGH (di fatto da A2A) saranno svolti a tutti gli effetti da A2A.

In proposito si evidenzia che l'Autorità, con la delibera n. 20 del 12 novembre 2014, ha sottolineato come nel caso di società costituita per la gestione di un servizio pubblico, deve comunque escludersi che un privato - attraverso l'acquisto successivo dell'intero pacchetto di maggioranza - possa acquisire l'affidamento (del servizio stesso), senza il previo esperimento di un confronto concorrenziale, nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto il servizio.

Infatti, disponendo la successiva cessione del pacchetto di maggioranza ad un privato si realizza il medesimo assetto di un affidamento a società mista a prevalente partecipazione privata, senza il necessario previo esperimento di una procedura di evidenza pubblica; in buona sostanza, ne

deriverebbe la possibilità per gli enti procedenti di aggirare gli obblighi procedurali posti dal comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. 163/2006.

Da una lettura estensiva della delibera sembra evincersi che la selezione mediante gara è necessaria anche nel caso in cui il privato non svolga specifici compiti operativi, essendo sufficiente che il privato possa ingerirsi, in ogni caso, nella gestione del servizio. Per le società a capitale privato maggioritario **non può** revocarsi in dubbio che vi sia l'apporto del privato nella gestione dell'ente.

L'ingresso di A2A nella compagine societaria di LGH ha quindi determinato una modifica del profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già affidato (LGH), quale ipotesi ritenuta dalla giurisprudenza amministrativa in contrasto con il citato art. 1, comma 2, del d.lgs. 163/2006.

Come già evidenziato, gli stessi soci di LGH hanno dichiarato che nella fattispecie non si tratterebbe di un semplice negozio di compravendita ma della prosecuzione dell'attività in capo a soggetto diverso come conseguenza di un'operazione societaria straordinaria che conserva l'unità dell'azienda appaltatrice (esecutrice) e dei suoi requisiti.

A ciò si aggiunga che, come già evidenziato, con l'acquisizione del 51% del capitale sociale di LGH, A2A acquisisce di fatto una situazione di controllo della predetta società, potendo quindi orientare le scelte strategiche e gestionali della stessa; con l'ulteriore possibilità, prevista nell'accordo del 4 marzo 2016, di una fusione per incorporazione di LGH in A2A decorsi tre anni dal closing, a seguito della quale – se effettuata – quest'ultima potrà svolgere tutti i servizi pubblici locali attualmente gestiti da LGH spa.

Può quindi richiamarsi al riguardo quanto osservato sia dall'Anac che dal Consiglio di Stato, per cui «L'apporto privato alle attività del PPPI consiste, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità» Per questi motivi, nell'impostazione del legislatore nazionale la necessità di una chiara definizione dei compiti operativi assegnati può emergere solo nel caso in cui si costituisca una società mista a prevalente capitale pubblico. Diversamente, per quelle a capitale privato maggioritario non può revocarsi in dubbio che vi sia l'apporto del privato nella gestione dell'ente. Per questa ragione (...) la selezione mediante gara secondo le procedure per l'affidamento degli appalti è stata prevista normativamente sin dal 1996» (Delibera Anac n. 20/2014 e Consiglio di Stato sez.V, sent. 18.12.2009 n. 8376).

Considerazioni che – come in precedenza evidenziato – valgono anche nel caso in cui – come nella fattispecie - non sia direttamente l'amministrazione pubblica interessata a selezionare il socio privato ma una società totalmente partecipata, ancorché indirettamente, da amministrazioni pubbliche locali, come è LGH.

6.4 L'asserita unicità ed infungibilità di A2A

In ordine alle considerazioni svolte dai soci di LGH sull'asserita unicità di A2A, in base alle risultanze istruttorie non si rinvencono le circostanze eccezionali che giustificerebbero la deroga alle disposizioni dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. 163/2006, consentendo l'individuazione diretta di A2A ai sensi dell'art. 41 del r.d. 827/1924 (il quale contempla la possibilità di procedere a trattativa privata in tutti i casi in cui ricorrano speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le procedure ordinarie).

A2A è infatti una società quotata in borsa, che gestisce servizi pubblici locali di rilevanza economica e che opera nei mercati della produzione, distribuzione e vendita di energia elettrica e gas naturale, distribuzione e vendita di calore tramite reti di teleriscaldamento, gestione rifiuti e del ciclo idrico integrato.

Si tratta come è evidente di mercati caratterizzati dalla presenza di una pluralità di operatori economici, anche in ambito sovranazionale, che vi operano in concorrenza, come anche evidenziato dai soci di LGH in corso di istruttoria. Nulla esclude quindi che in tali mercati possano sussistere operatori con caratteristiche analoghe o anche migliori rispetto a quelle possedute da A2A, che non sembra quindi costituire un *unicum*.

Né sono emerse particolari condizioni di mercato o tecniche che possano giustificare l'infungibilità di A2A.

Anche volendo applicare per analogia alla fattispecie in esame la disciplina di cui all'art. 57 comma 2 lettera b) del d.lgs. 163/2006 – (oggi art. 63 del d.lgs. 50/2016) che ammette il ricorso alla procedura negoziata senza bando (l'affidamento diretto) «qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato», sorgono alcune perplessità.

Infatti, nel secondo documento di consultazione dell'Anac avente ad oggetto proposta di “Linee guida per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili” che tiene conto delle osservazioni del Consiglio di Stato (parere del 3 novembre 2016 n.2284) è stato evidenziato, in primo luogo che i presupposti dell'infungibilità della prestazione, che giustificano l'adozione della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, devono essere interpretati restrittivamente, trattandosi di eccezioni alla regola dell'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale.

In secondo luogo, la deroga all'evidenza pubblica è giustificata dal fatto che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsi la gara e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse. Un bene o un servizio possono essere infungibili perché, a causa di ragioni di tipo tecnico o di privativa industriale, non esistono possibili sostituti degli stessi, oppure a causa di decisioni passate da parte del contraente che lo vincolano nei comportamenti futuri o, infine, a seguito di decisioni strategiche da parte dell'operatore economico. Inoltre, deve essere dimostrato che non esistono sostituti o alternative ragionevoli, e che l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto.

Poiché si tratta di una deroga ai principi generali, è necessario che i presupposti per ricorrere alla stessa siano accertati con particolare rigore e debitamente motivati nella delibera o determina a contrarre, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Nel caso in esame, nelle slides di KPMG sembra prevalere un criterio di “contiguità territoriale” di A2A rispetto ad LGH.

Infine, non si evince quali siano, nel caso di specie, le circostanze eccezionali che, in base all'art. 41 del r.d. 827 del 1924 legittimano il ricorso alla trattativa privata.

Conclusivamente sul punto si ritengono non sussistenti nel caso di specie ipotesi eccezionali che possano giustificare l'individuazione diretta di A2A ai fini dell'acquisizione del 51% del capitale sociale di LGH.

6.5 Applicazione *ratione temporis*

Ad avviso dello scrivente Ufficio i riferimenti normativi citati dai soci di LGH relativi alle direttive comunitarie del 2014 ed al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 non sono applicabili al caso di specie.

Infatti, l'intera operazione, a partire dall'offerta vincolante di A2A (9 novembre 2015), passando attraverso l'accettazione dei soci di LGH (12 gennaio 2016), fino all'accordo del 4 marzo 2016, si

colloca, *ratione temporis*, in data antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 che ha recepito le direttive comunitarie del 2014.

L'Accordo del 4 marzo 2016 infatti è il contratto con il quale sono state assunte le obbligazioni delle parti ed è sorta l'operazione, sebbene l'obbligo di procedere all'esecuzione fosse condizionato all'avveramento di alcune condizioni sospensive indicate nell'accordo stesso, tra cui l'ottenimento dell'autorizzazione dell'Agcm (cfr. art. 4.1. dell'Accordo).

L'atto notarile del 4 agosto 2016 appare essere una mera esecuzione delle pattuizioni contrattuali già assunte e perfezionate il marzo 2016.

In tal caso, quindi, anche alla luce della disciplina transitoria contemplata nell'art. 213 del d.lgs. 50/2016, deve ritenersi applicabile alla fattispecie il d.lgs. 163/2006 e, in particolare, le specifiche previsioni dell'art. 1, comma 2, dello stesso.

Resta fermo, in ogni caso, che tali disposizioni, come già evidenziato, sono state confermate dall'art. 5, comma 9, del d.lgs. 50/2016 [a tenore del quale "Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica"].

Da ultimo, si osserva che alla fattispecie non possono applicarsi le norme del d.lgs. 124/2015, che ha delegato il Governo a procedere al riordino delle società a partecipazione pubblica, perché il relativo decreto attuativo n. 175/2016, recante il Testo Unico in materia di società partecipate, emanato il 19.08.2016, è entrato in vigore il 23.09.2016.

In ogni caso, anche il d.lgs. 175/2016 ha ribadito il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione per l'alienazione delle partecipazioni (art. 10) e per la scelta del socio privato delle società miste (art. 17), con ciò confermando la necessità del previo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica.

E dunque anche nell'assetto normativo in materia di contratti pubblici, attualmente in vigore, è ribadito l'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato della società mista, nonché ai fini dell'alienazione di partecipazioni detenute in società da parte delle amministrazioni di riferimento.

7. Valutazioni conclusive

Alla luce di tutte le considerazioni sopra svolte, si ritiene che la vendita del 51% del capitale sociale di Linea Group Holding S.p.A., anziché avvenire in forma "diretta" ad A2A, avrebbe dovuto essere preceduta da un confronto concorrenziale tra gli altri operatori economici del settore, tramite una procedura ad evidenza pubblica.

Per la selezione del soggetto idoneo ad acquistare la suddetta partecipazione azionaria i soci di LGH avrebbero dovuto espletare una gara esplorativa, indicando il contributo operativo dell'acquirente all'esecuzione delle prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione della LGH.

Inoltre il bando, in considerazione dell'elevato importo della compravendita (pari ad € 113.297.686,00) avrebbe dovuto essere pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

Infatti, in omaggio ai principi di pubblicità e trasparenza, dovevano essere date al mercato tutte le informazioni necessarie affinché potenziali acquirenti potessero essere in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura, come l'indicazione dei criteri di selezione.

Si osserva, infine, che la giurisprudenza comunitaria e nazionale ha da tempo precisato che i principi posti dal Trattato sull'unione Europea a garanzia del buon funzionamento del mercato unico sono di applicazione generale e devono essere osservati in relazione a qualunque tipologia contrattuale tale da

suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti, ancorché diversa dagli appalti di lavori, servizi e forniture, disciplinati da specifiche direttive comunitarie (come accade per le concessioni di beni pubblici di rilevanza economica, oltre che per le concessioni di servizi e gli appalti sottosoglia comunitaria Cfr. Corte di Giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/00; Corte di Giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, C-324; Consiglio di Stato. Sez. VI, 30 settembre 2010, n. 7239; nello stesso senso, la comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000, in Gazzetta Ufficiale n. C 121 del 29 aprile 2000).

L'ordinamento comunitario è inoltre indifferente al "nomen" assegnato dall'ordinamento nazionale alla singola fattispecie, e ciò, si ritiene, impone di applicare i principi comunitari anche alla cessione delle partecipazioni nelle società pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali, in quanto l'acquisto delle stesse, se finalizzato allo svolgimento del servizio locale, comporta un'occasione di guadagno per i soggetti operanti sul mercato.

A tali fattispecie, devono ritenersi applicabili le regole concorrenziali minime imposte dai principi comunitari.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, in attuazione della decisione del Consiglio assunta nella predetta seduta dell'8 marzo 2017 visto l'art. 15, commi 1 e 2 del Regolamento in materia di attività di vigilanza e accertamenti ispettivi dell'Autorità del 9 dicembre 2014, i soggetti in indirizzo possono manifestare la volontà di conformarsi alle indicazioni contenute nella presente comunicazione, ovvero comunicare le proprie controdeduzioni sugli aspetti sopra evidenziati.

Si chiede inoltre alla A2A ed alla LGH di indicare la composizione azionaria (in percentuale) quale risulta a seguito dell'avvenuta operazione di cessione.

Ai fini dell'invio dei chiarimenti richiesti, si indica, ai sensi dell'art. 213 comma 13 del d.lgs. n. 50/2016, il termine di **30 giorni** decorrenti dal ricevimento della presente.

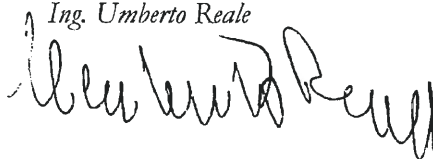
È, altresì, possibile, ai sensi dell'art. 13, comma 2, del medesimo Regolamento, presentare istanza di audizione presso il Consiglio, entro 5 giorni successivi alla scadenza del termine per la presentazione delle controdeduzioni, specificando l'oggetto dell'esposizione orale e le ragioni per le quali la stessa si ritiene necessaria.

Si comunica infine, che il responsabile del procedimento è lo scrivente dirigente *pro tempore* dell'Ufficio Vigilanza Centrali di Committenza e Concessioni di Servizi.

S.M.

Il dirigente

Ing. Umberto Reale



Pubblicato il 21/10/2019

N. 12074/2019 REG.PROV.COLL.
N. 03742/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3742 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da

A.E.M. Cremona S.p.A., A.S.M. Pavia S.P.A, Astem Lodi S.p.A., Cogeme - Servizi Pubblici Locali S.p.A., Società Cremasca Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti, Mario Roli e Alessandro Rosi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Vittorio Colonna, 39;

contro

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ilaria Battistini, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Carullo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, Strada Maggiore 47;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della nota dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Ufficio Vigilanza Centrali di Committenza e Concessioni di Servizi, del 13 marzo 2017, prot. n. 38120, con la quale la predetta Autorità, nel comunicare alle società ricorrenti le risultanze istruttorie in relazione all'operazione di integrazione societaria fra A2A S.p.A. e Linea Group Holding S.p.A., ha ritenuto che la selezione di A2A S.p.A. dovesse essere effettuata con gara ad evidenza pubblica ex art. 1, co. 2, d.lgs. n. 163/2006 (applicabile *ratione temporis*) e ordinato ai ricorrenti di adottare misure volte a conformarsi alle indicazioni fornite.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 19 aprile 2018 da A.E.M. Cremona S.p.A., A.S.M. Pavia S.p.A., ASTEM Lodi S.p.A. e COGEME Servizi Pubblici Locali S.p.A.:

per l'annullamento della delibera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Ufficio Vigilanza Centrali di Committenza e Concessioni di Servizi, del 21 febbraio 2018, n. 172, ricevuta il 15 marzo 2018, avente ad oggetto l'acquisizione, da parte di A2A S.p.A., del 51% del capitale sociale di Linea Group Holding S.p.A.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione e di Ilaria Battistini;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 ottobre 2019 la dott.ssa Lucia Maria Brancatelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il gravame introduttivo, A.E.M. Cremona S.p.A., A.S.M. Pavia S.p.A., ASTEM Lodi S.p.A., COGEME Servizi Pubblici Locali S.p.A. e Società Cremasca Servizi S.r.l. hanno impugnato la nota dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (in avanti, "Autorità o Anac") n. 38120 13.3.2017, recante le

comunicazioni di risultanze istruttorie relativamente all'operazione di integrazione societaria di A2A s.p.a. e Linea Group Holding s.r.l. di A2A S.p.A..

Con i successivi motivi aggiunti, le sole A.E.M. Cremona, A.S.M. Pavia, ASTEM Lodi e COGEME Servizi Pubblici Locali hanno impugnato la delibera dell'Autorità n. 172 del 21 febbraio 2018, avente per oggetto l' *“Acquisizione, da parte di A2A S.p.A., del 51% del capitale sociale di Linea Group Holding S.p.A.”*.

Fanno preliminarmente presente che Linea Group Holding (“LGH”) è una società *multiutility* che, tramite le sue controllate, gestisce anche servizi pubblici locali di rilevanza economica ex art. 112, co. 1, d.lgs. n. 267/2000 oltre ad esercitare attività liberalizzate, nelle province di Cremona, Pavia, Lodi e Brescia. Prima dell'operazione societaria oggetto di interesse negli atti impugnati, l'intero capitale di LGH era detenuto dalle ricorrenti, che rivestivano la natura di società pubbliche, in quanto a loro volta integralmente partecipate da enti pubblici locali. A seguito dell'operazione societaria con la società A2A (anch'essa una società *multiutility*, controllata dai Comuni di Milano e Brescia e quotata in borsa), disciplinata da un “accordo di *partnership*” tra le parti, veniva presentato, per il tramite dell'avv. Ilaria Battistini, un esposto in nome e per conto di alcuni

cittadini, consiglieri regionali e parlamentari, da cui scaturiva l'avvio di un procedimento dell'Anac per verificare la legittimità dell'acquisizione da parte di A2A del 51% del capitale sociale di LGH.

Veniva, quindi, trasmessa alle parti la comunicazione di risultanze istruttorie, impugnata con il gravame introduttivo. A seguito dell'acquisizione delle controdeduzioni sui rilievi ivi formulati, l'Autorità ha adottato la delibera impugnata con motivi aggiunti.

Le ricorrenti censurano gli atti impugnati, oltre che per violazione del termine di conclusione del procedimento istruttorio, anche in relazione alla violazione di legge e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, che avrebbero

condotto l'Autorità a ritenere illegittimamente, e in contrasto con i principi comunitari e costituzionali, che l'operazione societaria doveva essere qualificata come scelta di un partner privato mediante la vendita delle azioni di LGH, rispetto alla quale era necessaria una "procedura concorsuale, competitiva e comparativa".

Con motivi aggiunti è, inoltre, dedotto il vizio di nullità della delibera n. 172/2018 per difetto assoluto di attribuzione, in ragione della intervenuta abrogazione dell'art. 211, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, nonché la violazione delle disposizioni in materia di partecipazione procedimentale. Sono, altresì, formulate, oltre che in via derivata, ulteriori censure sul contenuto della delibera impugnata.

L'Anac si è costituita in giudizio, eccependo l'inammissibilità del gravame introduttivo – in quanto riguardante un atto endoprocedimentale - e dei motivi aggiunti, per carenza di lesività della delibera impugnata. Nel merito, chiede la reiezione delle deduzioni di parte ricorrente siccome infondate.

Si è costituita anche l'avv. Battistini, intimata quale soggetto controinteressato, che oltre a controdedurre sull'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Autorità e a insistere nella infondatezza delle deduzioni di parte ricorrente, ha anche chiesto la sua estromissione dal giudizio, in quanto la segnalazione all'Anac sarebbe stata fatta non in proprio ma nella qualità di mandante di altri soggetti. L'avv. Battistini ha, altresì, eccepito l'inammissibilità del ricorso per la mancata notifica ad almeno uno dei soggetti che hanno presentato esposto all'Autorità.

In vista dell'udienza pubblica di trattazione della controversia, le parti hanno presentato memorie, anche in relazione alle eccezioni in rito presentate.

All'udienza pubblica del 2 ottobre 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso e i motivi aggiunti sono inammissibili, come eccepito dalla resistente Anac, in ragione della impugnazione di atti privi di autonoma lesività.

Va precisato che è irrilevante ai fini della presente vicenda l'intervenuta abrogazione dell'art. 211, comma 2, del d.lgs. 50/2016, in quanto l'Anac non ha inteso adottare, come risulta dalla lettura della delibera impugnata, alcuna "raccomandazione vincolante" alle parti ad agire in autotutela in relazione agli atti ritenuti illegittimi. L'intervento dell'Anac rientra, invece, nell'ambito dell'esercizio dei poteri di vigilanza riconosciuti dall'art. 213, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, che attribuisce all'Autorità il compito di vigilare sui contratti pubblici, al fine di garantire l'osservanza dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, di tutela delle piccole e medie imprese attraverso adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara.

Giova precisare che ai sensi del successivo comma 13, qualora l'Autorità accerti l'esistenza di irregolarità, trasmette gli atti e i propri rilievi agli organi di controllo e, se le irregolarità hanno rilevanza penale, agli organi giurisdizionali competenti. Se ritiene che dalla esecuzione dei contratti pubblici deriva pregiudizio per il pubblico erario, gli atti e i rilievi sono trasmessi anche ai soggetti interessati e alla procura generale della Corte dei conti.

Il Collegio non ha motivi per discostarsi dal consolidato orientamento giurisprudenziale, già formatosi in relazione al sistema disegnato dalla legge n. 109 del 1994 in ordine al generale esercizio dei poteri di vigilanza attribuiti all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici (e successivamente trasferiti all'Anac), secondo cui l'Autorità non è dotata di poteri di supremazia gerarchica nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, così da poter ipotizzare un potere di annullamento per vizi di legittimità dei provvedimenti da queste adottati in tema di affidamento di contratti pubblici (Cons. Stato, sez. VI, 12 settembre 2006 n. 5317).

E' stato, anche, condivisibilmente affermato che, nell'adottare un atto di tenore analogo a quello oggetto dell'odierna impugnativa, l'Autorità non reca

alcuna statuizione di carattere costitutivo, in quanto non dispone l'annullamento o, comunque, la privazione degli effetti, di alcuno dei provvedimenti adottati dalla stazione appaltante, ovvero dei contratti in essere. L'atto dell'Autorità, infatti, non costituisce una manifestazione di volontà in grado di incidere sulla sfera giuridica del destinatario ma è la mera rappresentazione di un giudizio, che può eventualmente essere accompagnato dall'invito alla stazione appaltante ad esercitare i propri poteri di autotutela (in termini, cfr. anche Tar Lazio, sez. I, 21 febbraio 2012, n. 1730).

La circostanza che l'Anac possa anche disporre la trasmissione dell'atto in questione alle autorità competenti ad accertare eventuali profili di rilevanza di danno erariale dalle condotte oggetto di giudizio costituisce uno strumento volto a dare effettività all'esercizio dei poteri di vigilanza spettanti all'Autorità, ma non determina alcuna immediata conseguenza negativa, giuridicamente apprezzabile, nei confronti dei soggetti vigilati.

Tanto premesso, come si evince dalla piana lettura della delibera impugnata, essa è priva di contenuti precettivi nei confronti del soggetto vigilato, poiché l'Autorità si è limitata ad esporre la propria interpretazione, tenuto conto della normativa di riferimento, circa la corretta qualificazione giuridica dell'operazione societaria posta in essere dalle parti ricorrenti. L'atto impugnato, quindi, ha la medesima natura di un parere non vincolante, con il quale l'Anac ha espresso delle valutazioni che possono eventualmente essere di impulso per l'esercizio da parte della stazione appaltante o di altre autorità dei propri poteri ma che sono prive di autonoma consistenza lesiva.

Conclusivamente, la carenza di interesse della parte ricorrente ad ottenere una pronuncia di annullamento della delibera impugnata, in ragione dell'assenza di un pregiudizio che possa derivare dalla sua adozione, comporta l'inammissibilità del gravame e dei motivi aggiunti.

Le spese del giudizio, attesa la peculiarità della vicenda, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Ivo Correale, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Lucia Maria Brancatelli

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO