

Prof. Avv. Stefano Grassi
Via G. La Pira, 21
50121 - Firenze (FI)
tel. +39-055-2654019
studio@grassi.legal

Prof. Avv. Luca R. Perfetti
Via Andegari, 4A
20121 – Milano (MI)
tel. +39-02-771131
luca.perfetti@belex.com

Avv. Andrea Grazzini
Piazza Vittorio Veneto, 1
50123 – Firenze (FI)
tel. +390552608700
segreteria@agstudiolegale.co

Firenze - Milano, 26 settembre 2022

ALIA SERVIZI AMBIENTALI S.P.A.
Via Baccio da Montelupo, 52
50142 FIRENZE

alla cortese attenzione
dell'Amministratore Delegato
dr. Alberto Irace.

inviata attraverso la posta elettronica

ALIA - PROGETTO MULTIUTILITY

Gentile dott. Irace,

facciamo seguito alla Sua cortese richiesta ed esponiamo qui di seguito il nostro parere in merito ai quesiti che ci ha sottoposti in ordine ad alcune condizioni di legittimità cui debbono attenersi le deliberazioni con cui le Amministrazioni Comunali possono approvare il Progetto MultiUtility.

*** ** ***

1. Premessa e rappresentazioni: il “Progetto MultiUtility”.

1.1 – Ci viene rappresentato da ALIA Servizi Ambientali S.p.A. (nel séguito anche solo la “Società” o “Alia”) che il ‘Progetto MultiUtility’ ha come obiettivo l’aggregazione della Società con tre società a capitale pubblico (interamente partecipate

da Comuni delle province di Firenze, Prato e Pistoia), che a loro volta detengono partecipazioni in società operative nei settori di pubblica utilità (acqua, energia, gas) per la creazione di un unico polo (multi-utility) per la gestione di tali servizi nella Regione Toscana.

L'operazione risulta strutturata secondo differenti, ma strettamente collegati, passaggi.

1.2 - Il primo di essi, per come ci viene rappresentato da Alia, consiste in un aumento di capitale della stessa Alia, con connesso conferimento di due partecipazioni: (i) le azioni rappresentative del 20,61% del capitale di Toscana Energia S.p.A. (nel séguito anche solo "Toscana Energia") detenute dal Comune di Firenze; (ii) le azioni rappresentative del 3,9% del capitale di Publiacqua S.p.A. ("nel séguito anche solo "Publiacqua") detenute dal Comune di Pistoia.

Si prevede che tali operazioni (nel séguito anche solo i "Conferimenti") vengano disposte in base ai valori di stima individuati dagli 'esperti' nominati dal Tribunale di Firenze, alla luce di una situazione patrimoniale di riferimento al 30 giugno 2022 delle società le cui partecipazioni sono oggetto di conferimento.

1.3 – Le predette operazioni sono propedeutiche alla successiva operazione di fusione per incorporazione (nel séguito anche solo "la Fusione") in Alia di Acqua Toscana S.p.A. (nel séguito anche solo "Acqua Toscana"), Consiag S.p.A. (nel séguito anche solo "Consiag") e Publiservizi S.p.A. (nel séguito anche solo "Publiservizi").

Alia, per lato suo, è già titolare della concessione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani nel territorio istituzionale dell'Autorità d'ambito ATO Toscana Centro (corrispondente al territorio delle Province di Firenze, Prato e Pistoia), con l'eccezione di alcuni Comuni, i quali hanno mantenuto precedenti gestioni in salvaguardia. La concessione risulta aggiudicata ad Alia con procedura ad evidenza pubblica ed è disciplinata da contratto di servizio del 31 agosto 2017 e aggiuntivo del 6 ottobre 2021.

Acqua Toscana, Consiag e Publiservizi sono società a totale capitale pubblico, aventi funzione di *holding* di partecipazioni: detengono partecipazioni in società che svolgono servizi pubblici locali nel territorio dei Comuni soci.

Per effetto della Fusione, Alia (che assumerà la denominazione di MultiUtility, denominazione che si utilizzerà nel prosieguo) diventerà una società c.d. *multiutility*, ed avrà nel proprio oggetto sociale tutte le attività attualmente svolte dalle diverse società partecipanti alla fusione nei settori dei servizi al cittadino.

In pendenza del termine per l'opposizione alla Fusione da parte dei creditori delle quattro Società ad essa partecipanti, è prevista la sottoscrizione del patto parasociale relativo alla gestione della MultiUtility.

1.4 - Effettuata la Fusione, il progetto sottoposto all'approvazione dei Comuni prevede la costituzione di una nuova società a capitale interamente pubblico, avente funzioni di *holding* di partecipazioni, e nella quale i Comuni conferiranno le proprie partecipazioni in MultiUtility.

Viene altresì rappresentato che MultiUtility successivamente provvederà a conferire integralmente il proprio ramo d'azienda operativo, relativo alla raccolta e alla gestione dei rifiuti, in una società neo costituita e da essa integralmente partecipata (in séguito anche solo "Alia OpCo").

Per effetto di tale cessione Alia OpCo subentrerà nella titolarità del contratto di concessione con ATO Toscana Centro. Questa operazione trova causa nell'esigenza di separare i profili di rischio e di responsabilità collegati alla gestione dell'attività della raccolta, smaltimento e trattamento dei rifiuti rispetto alla MultiUtility, la quale presterà servizi generali a favore di Alia OpCo e delle altre società controllate.

1.5 – Si prevede, inoltre, che l'Assemblea dei Soci di Alia chiamata a deliberare sugli aumenti di capitale a servizio del Conferimenti e sul progetto di Fusione, approvi un nuovo statuto con efficacia anticipata rispetto alla Fusione, con al proprio ordine del giorno l'approvazione della delega al Consiglio di Amministrazione di Alia ad aumentare il capitale sociale ai sensi dell'art. 2443 del codice civile, delega da attuarsi nel termine di 5 anni e fino ad un importo massimo di Euro 3,5 miliardi.

La delega al Consiglio di Amministrazione sarà attuata successivamente all'efficacia della Fusione (quindi dopo che Alia sia diventata MultiUtility), e sarà articolata in due *tranches* di aumenti di capitale, entrambi scindibili, con la conseguenza che, al termine del periodo di sottoscrizione, gli aumenti di capitale saranno attuati per la parte effettivamente sottoscritta.

1.5.1 – Nel progetto si precisa che la prima *tranche* di aumento di capitale, di massimi Euro 1,2 miliardi, sarà al servizio di conferimenti in natura (partecipazioni e rami d'azienda) che consentano a MultiUtility di rafforzare il proprio patrimonio nel settore dei servizi di pubblica utilità.

Tra i possibili *target* già individuati per questa fase dell'operazione vi sono le partecipazioni di Coingas S.p.A. (società a capitale interamente pubblico tra alcuni Comuni della Provincia di Arezzo) e Intesa S.p.A. (società a capitale interamente

pubblico tra 48 Comuni delle Province di Siena, Grosseto e Arezzo) in E.S.TR.A. S.p.A. (“Estra”), pari a circa il 25% ciascuna.

Il valore massimo dell’aumento di capitale per 1,2 miliardi di euro è stato determinato come segue:

- Estra – Euro 400 milioni per arrivare al 100% del capitale sociale;
- Publiacqua – Euro 135 milioni per arrivare al 100% del capitale della società: o direttamente, o - indirettamente - tramite l’acquisizione dell’intero capitale sociale di Acque Blu Fiorentine S.p.A.;
- Acque – Euro 180 milioni per arrivare al 100% del capitale sociale;
- Toscana Energia – Euro 148 milioni per arrivare al massimo al 49% del capitale (sul presupposto che il 51% continuerà ad essere detenuto da Italgas S.p.A.);
- circa Euro 340 milioni sono previsti per ulteriori aggregazioni di società all’interno del territorio di riferimento o di territori limitrofi, ad oggi in corso di analisi e valutazione.

1.5.2 - La seconda *tranche* di aumento di capitale, pari a massimi Euro 2,3 miliardi, è al servizio della quotazione in borsa delle azioni della MultiUtility attraverso un’offerta pubblica di sottoscrizione, prevedendo di aprire a terzi fino ad un massimo del 49% del capitale di MultiUtility.

Il processo di quotazione si baserà sul presupposto che i Comuni e gli altri soci pubblici mantengano complessivamente (tramite la Holding Toscana) la maggioranza del capitale e dei diritti di voto di MultiUtility Toscana, con la conseguenza che tutti gli aumenti di capitale a servizio di conferimenti in natura saranno deliberati ed eseguiti nel rispetto di questo presupposto.

2. I quesiti e le norme applicabili.

2.1 - Alla luce della struttura e degli obiettivi del Progetto MultiUtility che ci sono stati rappresentati (e che vengono descritti nel paragrafo precedente), e del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, ci viene richiesto di verificare:

- (I) quale sia la funzione specifica del potere deliberativo attribuito ai Consigli comunali, e – conseguentemente – quale sia il contenuto minimo, da un punto di vista motivazionale, della deliberazione sulle operazioni straordinarie previste dal Progetto MultiUtility;
- (II) se la deliberazione consiliare debba e/o possa approvare (o comunque esprimersi) anche sul contenuto degli atti societari (come ad esempio

statuti, perizie, valutazioni economiche), che costituiscono oggetto tipico dei procedimenti societari;

- (III) se sia legittimo che la deliberazione consiliare si esprima unitariamente su tutte le fasi del progetto, e perciò anche sulle operazioni straordinarie previste successivamente alla Fusione, e quale sia il valore di tale deliberazione.

2.2 - I quesiti richiedono di individuare le specifiche norme applicabili rispetto alle operazioni societarie descritte nel par. 1 del presente parere, onde dedurne l'elemento logico-funzionale del potere deliberativo dei Consigli comunali in relazione ad esse.

Le predette operazioni societarie rientrano – per i profili specificamente oggetto dei quesiti - nell'ambito di applicazione della disciplina legislativa dettata: dal Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nel séguito, il “**Codice dei Contratti**”); dal Testo unico delle leggi degli enti locali (di cui al d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267: nel séguito, **TUEL**); dal Testo unico delle società a partecipazione pubblica (d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175: nel séguito: **TUSPP**).

Si procederà di séguito, pertanto, alla valutazione specifica del perimetro di applicabilità di ciascuno dei tre complessi normativi indicati, distintamente considerati.

3. Sui problemi posti dai quesiti.

3.1. Sul primo profilo di valutazione: il rilievo dell'evidenza pubblica

3.1.1 – Il Codice dei Contratti non si occupa delle operazioni societarie, se non sotto due aspetti specifici.

In primo luogo, il Codice dei Contratti impone il vincolo della procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato in un partenariato pubblico privato istituzionalizzato (art. 5, comma 9). Le operazioni che ci sono state rappresentate e che connotano l'esecuzione del progetto, non determinano (né direttamente, né indirettamente) la costituzione di un partenariato tra soci pubblici e (uno o più) soci privati: talché la disposizione ora richiamata non trova applicazione.

In secondo luogo, il Codice dei Contratti disciplina gli *effetti modificativi* che le operazioni societarie straordinarie producono rispetto a contratti pubblici di appalto o concessione: in particolare – con riferimento ai contratti di concessione – il Codice dei Contratti consente che al concessionario “*succeda, in via universale o particolare, a séguito*

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 del presente codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente, ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore” (art. 175, comma 1, lett. d.2).

La costituzione di OpcCo e la cessione ad essa del ramo d'azienda funzionale al subentro nella Concessione (*supra*, par. 1.4) rientrano pienamente nell'ambito di tale norma, che – peraltro è specificamente richiamata nell'art. 36, comma 2, del contratto di servizio ⁽¹⁾.

Infine, rileva, in relazione al principio proprio del diritto europeo e di varie norme del Codice dei Contratti, il modo di selezione di soci privati di una società a capitale pubblico che sia titolare – anche in via indiretta, attraverso le sue partecipate – di affidamenti di servizi pubblici. Da questo punto di vista, al netto del fatto che questi affidamenti siano stati conseguiti – come per Alia – attraverso gara, è da osservare – con efficacia dirimente – che i soci privati destinati ad entrare nella compagine societaria saranno scelti attraverso la quotazione in Borsa, che la giurisprudenza e la legge hanno pacificamente qualificato come equivalente al ricorso a procedure ad evidenza pubblica.

3.1.2 – E' peraltro necessario evidenziare che la giurisprudenza amministrativa ha avuto occasione di chiarire che gli obblighi di evidenza pubblica posti dal Codice dei Contratti possono comunque discendere dagli *effetti sostanziali* realizzati da operazioni di trasformazione societaria: ciò accade quando uno o più soci privati (di una delle società interessate dalla trasformazione) possa venire a beneficiare di affidamenti diretti concessi ad altra società coinvolta nella medesima operazione), in quanto – al momento dell'affidamento – quest'ultima sia interamente partecipata da enti pubblici o *in house* rispetto ad essi (Cons. Stato, V, 1 settembre 2021, n. 6142; Tar Lombardia I, n. 414/21).

La *ratio* di quest'affermazione sta nella circostanza che, secondo le norme applicabili, la società a capitale misto con socio privato scelto con gara – o procedure equivalenti come la quotazione in Borsa – laddove voglia ricevere affidamenti ulteriori

¹ L'art. 36 del contratto di servizio (nella sua versione originaria), rimandava all'art. 116 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 163, che prevedeva che l'operazione di cessione d'azienda è opponibile alla Stazione Appaltante al momento in cui sia effettuata la comunicazione ex art. 1 d. PCM 187/91 (dichiarazione sulla composizione societaria e sull'esistenza di diritti reali di godimento o di garanzia sulle azioni con diritto di voto) e purché sia data la comprova del possesso dei requisiti generali (oggi: art. 80, d. lgs. 50/16) e speciali dichiarati in sede di gara (e salvo un termine di 60 giorni, entro il quale la Stazione Appaltante può opporsi al subentro e determinare la risoluzione del contratto, per motivi antimafia).

La previsione è stata modificata con Atto Aggiuntivo del 6 ottobre 2021, facendo rinvio all'art. 175, comma 1, del codice dei contratti pubblici del 2016: dunque alla norma citata nel testo.

da soggetti pubblici dovrà aggiudicarsi con gara ad evidenza pubblica; al contrario, le società *in house* possono ricevere affidamenti diretti dalle amministrazioni pubbliche che abbiano su di esse controllo analogo ⁽²⁾; ne deriva che, laddove si assista all'integrazione tra una società a capitale misto ed una *in house*, il socio privato della società a capitale misto (e questa stessa, in realtà) beneficerà, in quota corrispondente al capitale della *joint venture*, dell'affidamento diretto di cui godeva la società *in house*.

Allo stesso modo, l'art. 5, comma 9, del Codice dei Contratti, prevede che 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*».

Ferma tale *ratio*, la norma trova applicazione non solo nei casi di costituzione di una società mista, ma anche allorché soggetti pubblici vogliano dismettere le partecipazioni detenute in società già costituite e titolari di affidamenti diretti del genere predetto: anche in tal caso, si vuole evitare che, attraverso l'acquisto delle partecipazioni dismesse, l'acquirente benefici di servizi pubblici per i quali non sia stato svolto alcun confronto concorrenziale. Viceversa, la norma in questione non trova applicazione qualora la società mista detenga affidamenti aggiudicati per il tramite di una gara pubblica: in ipotesi, il confronto concorrenziale operato "a monte" non rende necessario un nuovo confronto - che costituirebbe un duplicato del primo - ai sensi dell'art. 5, c. 9.

La medesima *ratio* è sottesa all'art. 113, comma 12, d.lgs. n. 267 del 2000 (Testo unico degli enti locali), che prescrive all'ente locale l'onere di indire procedure a evidenza pubblica per «*cedere in tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi*». Anche tale disposizione non può che avere riguardo alle società che gestiscono tali servizi in virtù di affidamenti diretti - altrimenti sottintenderebbe l'onere di indire due volte una procedura ad evidenza pubblica per la medesima utilità economica.

Invece, laddove le operazioni societarie siano volte, come (ci viene riferito) nel caso di specie, all'aggregazione tra società e motivate da ragioni finanziarie, industriali e strategiche, sono necessariamente realizzate secondo le regole del diritto privato, essendo chiaramente estranee alla logica del partenariato pubblico-privato, di cui all'art. 17 del Testo unico delle società pubbliche. A tale riguardo è stato chiarito che:

² La letteratura sulle società *in house* è sostanzialmente sterminata ed è inutile indulgerci in questa sede; per i necessari riferimenti, M. ANTONIOLI, *L'In House Providing tra funzione e struttura: controllo analogo congiunto, partecipazione «pulviscolare» ed eterodirezione della Società*, in *Riv. It. Dir. Pubblico Comunitario*, 2020, 599; con maggiore ampiezza, M. ANTONIOLI, A. BELLAVISTA, M. CORRADINO, V. DONATIVI, F. FRACCHIA, S. GLINIANSKI, A. MALTONI, *Le società in house*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

- i) *«i soggetti economici possono scegliere tra due percorsi distinti. In particolare coloro che si sottopongono alla regola della concorrenza per l'affidamento dei servizi (partecipando alle gare in piena par condicio) non sono tenuti a essere trasparenti e restano liberi di organizzarsi come preferiscono. In questo caso la scelta del partner (compresi i soci privati) rimane libera, sulla base di valutazioni di convenienza economica. Quelli che invece intendono conseguire affidamenti diretti sono obbligati alla trasparenza e devono scegliere il partner (maggioritario o minoritario) con procedure ad evidenza pubblica, in quanto l'ingresso nel capitale sociale estende ai nuovi soci l'affidamento diretto»* ⁽³⁾;
- ii) seppur dalla prospettiva inversa a quella in discorso ma espressione del medesimo principio, *«considerato che la società a capitale misto con capitale pubblico maggioritario è costituita attraverso procedura ad evidenza pubblica e allo specifico scopo di affidarle i servizi pubblici dell'Ente locale che la ha costituita, è immediatamente conseguenziale che il relativo affidamento debba avvenire in modo diretto. Altrimenti opinando, la costituzione di tali società miste non avrebbe alcuna pratica utilità, mentre la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei singoli servizi costituirebbe un'inutile duplicazione di un procedimento già esperito»* ⁽⁴⁾;
- iii) in un'analogia fattispecie simile a quella in discorso (in cui era prevista l'integrazione tra due società operanti nell'ambito dei servizi pubblici locali, da attuarsi mediante un'operazione straordinaria di fusione per incorporazione), *«la fusione, quando ha un effettivo significato economico, non è una procedura di affidamento. La disciplina dei servizi prevede incentivi alla fusione per favorire la formazione di società con sufficiente massa critica in vista della piena concorrenza. Il bilanciamento di questa facoltà non consiste nell'obbligo di cercare il partner della fusione con procedure ad evidenza pubblica ma nel divieto di assumere posizioni dominanti sul mercato»* ⁽⁵⁾.
- iv) analogamente, secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato, *«con la fusione si realizza un modulo organizzativo che integra strutture societarie e non un ricorso al mercato per la scelta di un gestore di servizi pubblici locali»* ⁽⁶⁾.

³ Cfr., T.A.R. Lombardia, Brescia, n. 422 del 2006.

⁴ V. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 272 del 2005.

⁵ Tar Lombardia – Brescia, ordinanza n. 273 del 2005, il quale ha anche precisato che *“da un lato, la fusione ha un senso se è utile sulla base di una valutazione economica e all'interno di una prospettiva industriale di lungo periodo, circostanze che non possono normalmente emergere attraverso un confronto concorrenziale condotto secondo le procedure amministrative. Dall'altro occorre considerare che le ipotesi premiali di fusione (art. 113 comma 15 ter del D.lgs. 267/2000) prendono in considerazione alcuni risultati organizzativi (bacino di utenza, ambito territoriale) che presuppongono la facoltà di raggiungere intese mirate”*.

⁶ V. Consiglio di Stato, ordinanza n. 1610 del 2005, secondo cui la *“fusione per incorporazione integra un evento dal quale consegue non già l'estinzione della società incorporata, bensì l'integrazione reciproca delle società partecipanti all'operazione, ossia una vicenda meramente evolutiva del medesimo soggetto, che conserva la propria identità pur in un nuovo assetto organizzativo. Evidenza, pertanto, che la società incorporante o risultante dalla fusione [...] è [...] un soggetto composito in cui proseguono la loro esistenza le società partecipanti all'operazione societaria”*.

3.1.3 - Secondo quanto ci viene riferito dalla Società, le operazioni previste dal Progetto MultiUtility (i) non determinano l'effetto di un allargamento della compagine sociale a soci privati in MultiUtility, se non tramite quotazione di borsa; (ii) non realizzano una fusione tra (una o più) società private e (una o più) società pubbliche; (iii) non modificano il perimetro degli affidamenti di servizio pubblico di cui siano titolari le società le cui quote di partecipazione siano conferite in MultiUtility; (iv) non determinano l'acquisizione di una partecipazione di controllo in società titolari di affidamenti di servizio pubblico *in house* (7).

Pertanto, se ed in quanto tali condizioni siano effettivamente rispettate, non sono ravvisabili profili soggetti a vincoli procedurali stabiliti (o comunque desumibili) dal codice dei contratti pubblici: e dunque non sussistono vincoli di evidenza pubblica da rispettare.

3.2 – Sul secondo profilo: il regime derivante dal testo unico degli enti locali.

3.2.1 – L'art. 42 TUEL attribuisce alla competenza esclusiva del Consiglio Comunale una funzione di indirizzo e di controllo politico – amministrativo in merito a «*e) organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione*»; (...) *g) indirizzi da osservare da parte delle aziende pubbliche e degli enti dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza: (...)*»

3.2.2. - Il Progetto MultiUtility (secondo la configurazione che ci è stata esposta dalla Società) realizza un *diverso assetto* nelle partecipazioni detenute dai Comuni, i quali, da un lato, vedranno allargata la compagine sociale delle società di cui fanno parte (è il caso, ad esempio, dei Comuni che attualmente sono soci di Alia: i quali che – per effetto della Fusione – diverranno soci dei Comuni delle società incorporate); dall'altro lato vedranno sostanzialmente modificato l'oggetto della società di cui detengono la partecipazione (che si amplierà alla gestione dei servizi pubblici svolti dalle società partecipate da quelle coinvolte nella Fusione).

Inoltre, il progetto prevede che i Soci di MultiUtility sottoscrivano un Patto parasociale (*supra*, par. 1.3).

⁷ Resta altresì da osservare che, per l'ipotesi in cui all'atto della Fusione le società integrate attraverso quest'operazione dispongano anche di affidamenti diretti conseguiti in ragione della natura interamente pubblica dei suoi soci, nessuna contraddizione deriverebbe rispetto ai principi fissati dalla giurisprudenza, giacché né Alia né la nuova società a capitale interamente pubblico, avente funzione di *holding* di partecipazioni, avranno soci privati. Ne deriva che, anche laddove dovesse sussistere qualche affidamento diretto a beneficio di società controllate in via indiretta, questo stesso potrà essere oggetto di successiva valutazione, ai fini della sua dismissione o retrocessione all'ente affidante ovvero della sua messa a gara (cfr. Cons. Stato, V, 1 settembre 2021, n. 6142).

Trattasi, perciò, di “modifiche di assetto” che intersecano la competenza *ex art. 42 cit.*

Ed infatti la giurisprudenza amministrativa interpreta tale disposizione normativa, come riferita alle determinazioni sulle partecipazioni societarie «*quale che sia l'attività o l'oggetto della società*», e tale da estendersi – secondo una ricostruzione logico-sistematica della norma – anche alle decisioni in merito «*alle variazioni delle quote*» (Cons. Stato, V, 13 dicembre 2005, n. 832 da cui è tratta la prima citazione; id, V, 3 marzo 2005, n. 832, da cui è tratta la seconda citazione; Tar Lombardia, III, 6 maggio 2004, n. 1622).

Peraltro, l'elemento logico-funzionale della competenza consiliare prevista dall'art. 42 cit. sta nella riserva al Consiglio di tutti e soli gli atti connotati da «*un elevato contenuto di indirizzo politico*» (Tar Trento, 18 febbraio 2022, n. 41; T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 28 marzo 2022, n. 3507; Tar Reggio Calabria, I, 7 aprile 2011, n. 263), che «*comportano un'effettiva incidenza sulle scelte fondamentali dell'ente*» (Tar Toscana, I, 30 marzo 2021, n. 447).

Pertanto – con riferimento alle deliberazioni relative all'assetto delle partecipazioni – la competenza attribuita dall'art 42 cit. è inerente una «*scelta di indirizzo*» dell'ente: non è, quindi, riferita al contenuto specifico degli atti societari, bensì all'indirizzo politico-amministrativo, cioè alla decisione se procedere o meno con l'operazione societaria.

Si deve, altresì, aggiungere che – in relazione a quanto espressamente previsto dalla legge – dall'operazione complessiva non emerge alcuna modificazione quanto alla forma della «*organizzazione dei pubblici servizi*». Infatti, le forme di organizzazione sono tre (la gestione diretta o *in house*; la concessione all'impresa privata; l'affidamento a società partecipate dall'ente affidante) ed i pubblici servizi di cui siano affidatarie le società partecipanti alla Fusione (come nel caso di Alia) ovvero partecipate da queste ultime (come nel caso di Publiacqua, oppure – a séguito dei conferimenti - di Estra, Acque, Toscana Energia) manterranno inalterata la propria forma di gestione (conforme al sistema normativo).

Allo stesso modo, non si dà luogo alla «*costituzione di istituzioni e aziende speciali*» né alla «*concessione dei pubblici servizi*» (che continuano ad essere affidati nei modi e nelle forme attuali), né «*partecipazione dell'ente locale a società di capitali*» (che continuano ad essere conformate come le partecipazioni attuali, salvo che per il fatto di conseguire azioni della incorporante perfettamente rappresentative di quelle della incorporata nella fase della Fusione, per poi diluirsi al momento della quotazione, attraverso il ricorso a procedure – la quotazione, appunto – perfettamente equivalenti all'evidenza pubblica, né si ha alcun nuovo «*affidamento di attività o servizi mediante convenzione*».

L'unico elemento rilevante, da questo punto di vista, è quindi quello degli «indirizzi da osservare da parte delle aziende pubbliche e degli enti dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza», la cui adeguatezza andrà osservata nella prospettiva dell'art. 18 del TUSP, del quale si dirà qui di seguito.

In sostanza, in relazione ai profili rilevanti fin qui trattati, l'operazione nella sua complessità, per come rappresentata e ferme le precisazioni già rese, non presenta alcun rilievo in relazione al Codice dei contratti e richiama la competenza del Consiglio Comunale solo ed esclusivamente in relazione agli indirizzi che le partecipate dovranno osservare per porre in essere l'operazione nel suo complesso.

3.3 – Sul terzo profilo: il regime di cui al TUSPP

3.3.1 - Con riferimento al TUSPP (per come definito), va premesso che Alia opera in regime di esenzione dal TUSPP, avendo beneficiato della finestra temporale prevista dalla clausola di esenzione transitoria di cui al comma 5 dell'art. 26 del Testo Unico, che permette di applicare alla Società lo stesso regime che il TUSPP prevede per le società quotate.

La definizione di “società quotate” è contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. p) del TUSPP, che definisce tali le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati ovvero quelle che hanno emesso strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati, alla data del 31 dicembre 2015. Peraltro l'art. 26, comma 5, del medesimo decreto legislativo introduce una norma transitoria, stabilendo che «nei dodici mesi successivi alla sua entrata in vigore, il presente decreto non si applica alle società in partecipazione pubblica che abbiano deliberato la quotazione delle proprie azioni in mercati regolamentati». La disposizione prevede - altresì - che il decreto n. 175/16 «continua a non applicarsi» alle predette società, qualora concludano il procedimento di quotazione entro dodici mesi (cioè entro il 23 settembre 2017).

La Società aveva avviato (prima dell'entrata in vigore del TUSPP) un'operazione di quotazione di strumenti finanziari (*bond*) in mercato regolamentato, poi positivamente conclusa: trova quindi applicazione il coordinato disposto delle disposizioni predette, e dunque Alia rientra (*quoad effectum* del TUSPP) nel regime delle società quotate.

In particolare, trova applicazione l'art. 1, comma 5, del TUSPP, ai sensi del quale le disposizioni del Testo unico si applicano alle società quotate «solo se espressamente previsto» (identica disciplina è disposta per le società controllate dalle società quotate).

3.3.2 - La giurisprudenza contabile, peraltro, ha precisato che l'esenzione riguarda la società, *non anche* i Comuni che ne detengono quote di capitale sociale, ai quali, pertanto, le norme del TUSP trovano applicazione.

Peraltro, è da osservare che le altre società coinvolte nell'operazione complessiva non godono dell'esenzione di cui s'è detto fin qui.

Ne consegue che le operazioni societarie riferite ad Alia rientrano nel perimetro applicativo delle norme del TUSPP che prevedano adempimenti degli enti soci, come ad esempio l'approvazione di una delibera consiliare, ma non invece nell'ambito delle norme che concernono specificamente la disciplina interna della Società, come ad esempio l'art. 11 sul numero e la disciplina degli amministratori della Società (Corte conti, sez. contr. Lombardia, 23 gennaio 2019, n. 6; id. n. 199/2018. Il medesimo principio è affermato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato: AGCM, AS1804 del 15 novembre 2021).

3.3.3 - Le norme del TUSPP che merita rammentare sono le seguenti:

- l'art. 5, comma 1, che richiede un «atto deliberativo» (per le società a partecipazione comunale: del Consiglio comunale) per la *costituzione* di una società a partecipazione pubblica, o per l'*acquisto* di partecipazioni, anche indirette, in società già costituite;
- l'art. 7, relativo alla deliberazione di partecipazione di un'amministrazione pubblica alla costituzione di una società. Il comma 7 dell'articolo in questione ne dispone l'estensione anche a «a) le modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società», formula che allude a modificazioni statutarie che «stravolgono l'originaria configurazione dell'atto costitutivo»⁽⁸⁾;
- l'art. 8, che disciplina «le operazioni anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie che comportino l'acquisto da parte di un'amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti»;
- l'art. 18, che disciplina la deliberazione di procedere alla quotazione in mercati regolamentati di una società a controllo pubblico.

⁸ Talché la *ratio* della disposizione è quella di prevedere in tali casi, simmetricamente, lo stesso *iter* procedimentale previsto per la costituzione della società: C. PECORARO, *Le società in house: profili societari*, in *Le Società a partecipazione pubblica* diretto da C. Ibba e I. Demuro, Bologna, Zanichelli, pag. 91.

3.3.4 - Riguardate, allora, alla luce delle norme che disciplinano gli adempimenti richiesti dal TUSPP *alle Amministrazioni Pubbliche socie* (e tenendo conto del perimetro di operatività di tali adempimenti rispetto alle operazioni che interessano Alia : *supra*, par 3.2.2), le operazioni del Progetto MultiUtility possono essere inquadrate nel modo che segue.

3.3.4.1 - Quanto alle previsioni di cui all'art. 5, comma 1, è da escludersi che intervenga qualsivoglia «*acquisto*» di partecipazioni. Infatti, come già osservato, per effetto della Fusione non interverrà alcun acquisto o compravendita ma una successione a titolo universale (come chiarito dal Consiglio di Stato, già citato), sicché (i) soci di Alia manterranno tale qualità (vedendo modificata la quota di partecipazione); (ii) per i soci delle società incorporate, ad azioni della incorporata corrisponderanno nuove azioni della incorporante.

Non può, invece, escludersi il rilievo della disposizione in questione rispetto alla «*costituzione di una società*», giacché nell'ambito complessivo dell'operazione interverrà la costituzione di Alia OpCo della quale s'è detto sopra (par. 1.4).

E' vero che la costituzione di Alia OpCo è operazione che non riguarda direttamente i Comuni, perché è disposta dalla Società Multiutility con capitali propri. Essa è sensibile ai fini del TUSPP, solo se si consideri che MultiUtility possa definirsi – dopo che sia stata realizzata la Fusione – “società a controllo pubblico” ⁽⁹⁾.

Infatti, dato che l'art. 1, comma 2 lett. g) del TUSPP definisce “indiretta” la partecipazione di un'amministrazione pubblica in una società controllata da una società controllata dalla medesima amministrazione pubblica, se MultiUtility (post Fusione) sia qualificabile “a controllo pubblico”, i Comuni che ne sono soci si trovano ad avere acquisito - per effetto della costituzione di OpCo - una partecipazione indiretta, e dunque deve applicarsi l'art. 5 TUSPP (che, appunto, disciplina anche l'acquisto di partecipazioni indirette).

Si ritiene da più parti che la nozione di controllo adottata dal TUSPP sia più ampia di quella civilistica, disciplinata dall'art. 2359 del codice civile, che ricorre quando una società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea di un'altra società. Il TUSPP prevede altresì il controllo congiunto, che sussiste «*quando in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*» (art. 2, comma 1, lett. B).

⁹ Secondo la nozione di ‘società a controllo pubblico’ contenuta nella lettera M dell'art. 2 del TUSPP, che rimanda alla nozione di controllo civilistico ex art. 2359 c.c. (monistico o congiunto) di cui alla lettera B del medesimo articolo (cfr. per tutti K. Matrucci, *La nozione di controllo pubblico nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Giur. Comm.* 2022, fasc. 1, pag. 105.

Secondo un orientamento della Corte dei conti della Toscana la situazione di controllo congiunto è configurabile quando l'intero capitale sociale sia interamente posseduto dal enti pubblici ⁽¹⁰⁾.

Le Sezioni Riunite della Corte dei conti, diversamente, hanno affermato che non è sufficiente il possesso integrale del capitale sociale da parte di enti pubblici per ravvisare il controllo congiunto: occorrendo *un esercizio congiunto* del controllo che - tuttavia - può ravvisarsi anche quando vi siano forme di coordinamento tra i soci disciplinate da un patto parasociale ⁽¹¹⁾.

Per dirimere la questione occorre richiamare Consiglio di Stato sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578, relativamente alla legittimità degli affidamenti di servizio pubblico che corrono a favore di una società indirettamente partecipata da enti locali. In relazione a questo tema, il Consiglio di Stato per un lato afferma che il controllo è necessario per il permanere dell'affidamento di servizio pubblico e, per l'altro che si possa determinare il controllo non solo a fronte delle condizioni di cui all'art. 2359 c.c., ma anche solo a fronte di *«adeguati e tendenzialmente stabili (e comunque trasparenti e responsabili) strumenti negoziali di coordinamento delle decisioni tra tutti i soci pubblici: così da poter davvero orientare, in lineare coerenza con le determinazioni degli enti pubblici, al fine pubblico l'esercizio dell'attività d'impresa»*. Questi *«strumenti negoziali di coordinamento delle decisioni tra tutti i soci pubblici»* possono, nel nostro caso, essere identificati con i patti parasociali che sono previsti come parte essenziale dell'operazione complessiva in esame.

In questa prospettiva acquisisce rilievo il profilo dell'obbligo di motivazione analitica, sicché l'atto del Consiglio Comunale dovrà esser *«analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa»*.

Inoltre, il secondo comma dell'art. 5 prescrive un ulteriore profilo motivazionale (la compatibilità dell'intervento finanziario con le norme dei Trattati europei e con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese) e richiede che *“lo schema di atto deliberativo”* sia sottoposto a forme di consultazione pubblica. Infine, i commi 3 e 4 dell'art. 5 dispongono che l'atto deliberativo sia inviato alla Corte dei conti (Sezione di controllo territorialmente competente) per l'espressione di un 'parere di conformità' obbligatorio, non vincolante, da rendere entro un termine di 60 giorni, presidiato da un meccanismo di silenzio – assenso (*«Qualora la Corte non si*

¹⁰ Corte conti, sez. controllo Toscana, 25 febbraio 2022, n. 13.

¹¹ Corte conti SS.RR. controllo, 29 luglio 2019, n. 25; Tar Emilia Romagna – Bologna, I, 9 marzo 2022, 251.

pronunci entro il termine ... l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione»). Ove il parere sia «*in tutto o in parte negativo*», e l'amministrazione ritenga di procedere ugualmente, è tenuta a «*motivare analiticamente le ragioni le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere*» (le previsioni inerenti il controllo della Corte dei conti sono state novellate dalla legge 5 agosto 2022, n. 118, entrata in vigore il 27 agosto).

Questi elementi sono significativi anche in relazione agli indirizzi che il Consiglio Comunale dovrà esprimere rispetto al complesso dell'operazione in considerazione delle già discusse norme del TUEL.

Infatti, il disegno complessivo del legislatore è molto chiaro: poiché gli atti ed operazioni societarie (che a norma del TUSPP sono retti dal diritto privato) hanno un loro autonomo regime, separato da quello degli atti amministrativi; e poiché, poi, agli organi politici, come il Consiglio Comunale, sono sottratti gli atti di gestione in forza della distinzione tra politica ed amministrazione, spetta al Consiglio Comunale indicare con chiarezza e precisione («*analiticamente*») gli *obiettivi* che l'operazione complessiva intende perseguire. In questa – vincolante – indicazione degli obiettivi, è necessario dare ragione del motivo per il quale la costituzione della società è necessaria per il «*perseguimento delle finalità istituzionali*» della società partecipata – esercizio agevole nel caso di specie, essendo la costituzione della società funzionale alla conduzione complessiva dell'operazione.

In questa prospettiva, trovano chiara spiegazione gli obblighi di dare conto delle «*ragioni*» e «*finalità che giustificano tale scelta*»: spetta al Consiglio Comunale indicare – appunto – gli obiettivi che l'ente intende perseguire con l'operazione nel suo complesso. E detti obiettivi sono evidentemente funzionali alla migliore prestazione dei servizi (che sono «*finalità istituzionali*» della partecipazione societaria) a vantaggio degli utenti, sicché è necessario dare conto della «*convenienza economica*», «*della sostenibilità finanziaria*», della forma di gestione del servizio (che, come già detto, nel caso di specie non muta) e «*della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità*».

E' attraverso questa motivazione che l'ente rende ragione del motivo che lo induce a condurre l'operazione e che, soprattutto, non lo spoglia del governo dell'operazione. Infatti, non essendo necessarie altre deliberazioni del Consiglio Comunale pur a fronte di un'operazione destinata a svilupparsi lungo più fasi – che prendono avvio proprio dalla delibera consigliare – ciò non determina alcuna spoliatura delle competenze dell'organo consigliare perché proprio tale organo indica le finalità dell'operazione, i risultati (in termini di «*efficienza, di efficacia e di economicità*») che deve conseguire, le ragioni di pubblico interesse che la animano, fissa gli indirizzi (cfr., art. 42 TUEL) che vincolano tutte le operazioni e tutti gli atti societari successivi.

3.3.4.2 - La motivazione analitica di cui abbisogna la delibera del Consiglio Comunale a termini dell'art. 5 è richiesta, ai sensi dell'art. 7, anche per «*le modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società*», vale a dire a modificazioni statutarie che stravolgono l'originaria configurazione dell'atto costitutivo.

Ed infatti il comma 7 dell'art. 7 cit. dispone che tali modiche debbono essere adottate “*con le modalità di cui ai commi 1 e 2*”: il comma 2, a sua volta, opera un rinvio all'art. 5, comma 1, cioè all'obbligo di deliberazione ‘analiticamente motivata’.

3.3.4.3 - Quanto all'art.8 TUSPP, che si riferisce alle «*operazioni, anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie, che comportino l'acquisto da parte di un'amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti*», non si ritiene che l'operazione dia luogo ad acquisto di azioni, stante anche che ciò vale «*unicamente nei casi in cui l'operazione comporti l'acquisto della qualità di socio*».

Anche per le società quotate (situazione alla quale è assimilabile la posizione di Alia: *supra*, par. 3.3.1) la deliberazione consiliare è richiesta (a termini del comma 3 dell'art. 8 in commento) solo se la sottoscrizione di aumento di capitale sociale *determini l'acquisto* della qualità di socio.

Può quindi dubitarsi della effettiva applicabilità dell'art. 8 in relazione ai Conferimenti effettuati in Alia (in concomitanza o successivamente alla Fusione). Viceversa la norma risulta applicabile ai Conferimenti disposti dai Comuni che non siano già soci di MultiUtility (par. 1.5.1 del presente parere).

Il risultato – in ogni caso - è il medesimo di cui al punto precedente: l'obbligo di motivazione analitica della delibera del Consiglio Comunale, in forza del richiamo dell'art. 8 TUSP all'art. 7 e di questo all'art. 5, comma 1.

3.3.4.4. Il procedimento di quotazione di borsa (*supra*, par. 1.5.2) rientra nell'ambito applicativo dell'art. 18 TUSPP e trova applicazione per ragione della soluzione del tema della riconduzione di MultiUtility nell'ambito della definizione di «*società controllate da una o più amministrazioni pubbliche*».

La conseguenza è, di nuovo, quella dell'applicazione dell'art. 5 comma 1 di cui s'è detto: il comma 1 dell'art. 18, infatti, prescrive che tali società possono quotare azioni “*a seguito di deliberazione adottata ai sensi dell'articolo 5, comma 1*”: e dunque - anche in questo caso - sulla base di una deliberazione analiticamente motivata (*supra*, par. 3.3.4.1).

Conseguentemente l'atto deliberativo dovrà esprimersi sull'opportunità che la società controllata assuma la posizione di società quotata e dovrà esporre le ragioni

di ‘convenienza economica’ (e di sostenibilità finanziaria per il singolo Comune) di tale operazione. In questa logica gli scenari correlati ai Conferimenti di cui al punto precedente potranno essere valutati in funzione del loro effetto, consistente in un maggior capitale sociale di MultiUtility da presentare al mercato per la quotazione di borsa.

3.4 – Pertanto, in buona sostanza, i quesiti oggetto del presente parere si risolvono nel seguente: quale sia il grado di dettaglio che deve rispettare la deliberazione ‘analiticamente motivata’ richiesta dall’art 5 TUSPP.

A tale riguardo può farsi riferimento al consolidato orientamento della giurisprudenza contabile, in merito al controllo di legittimità che la Corte esprime sui piani di razionalizzazione delle partecipate, che i Comuni debbono redigere con cadenza annuale (ai sensi dell’art. 20 TUSPP) ed inviare alla Corte dei conti.

Il comma 4 dell’art. 20 cit. dispone, infatti, che la trasmissione alla sezione di controllo della Corte dei conti avviene «*ai sensi dell’art 5, comma 4*» cioè ai sensi della medesima norma che prevede il parere di conformità della Corte sulla delibera relativa alle operazioni societarie (*supra*, par. 3.3.4.1). Donde le valutazioni della giurisprudenza contabile sui piani di razionalizzazione delle partecipate risultano senz’altro estensibili alle deliberazioni consiliari di approvazione di specifiche operazioni societarie.

Le Sezioni di controllo della Corte dei conti si sono orientate nel ricondurre la funzione in esame nell’alveo dei controlli di “riesame di legittimità”⁽¹²⁾.

In tali pronunce si evidenzia che il controllo sulle deliberazioni (e dunque il criterio di legittimità delle stesse) si correla: in primo luogo, alla coerenza tra istruttoria e dispositivo; in secondo luogo, alla appropriatezza della motivazione, rispetto ai parametri motivazionali specifici richiesti dalla norma, e - più in generale - rispetto ai “*vincoli che informano l’agire pubblico dell’ente locale: in particolare, efficienza ed economicità*”, onde evitare che scelte non adeguatamente ponderate siano “*suscettibili di pregiudicare, anche in prospettiva, gli equilibri economico-finanziari degli enti*”⁽¹³⁾.

Emerge – dunque – che la valutazione richiesta all’ente locale concerne l’opportunità del nuovo assetto delle partecipazioni societarie, la valutazione di convenienza per il Comune e – in definitiva - l’assenza di pregiudizio per l’equilibrio economico – finanziario dell’Amministrazione. Il grado di dettaglio di tale valutazione

¹² V. TENORE, *La nuova Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 2018, pag. 1491; Corte Conti SS.RR.CO. n. 19/2020; id. Sez. autonomie, n. 15/21; id. sez. contr. Toscana 25 febbraio 2022, n. 13; id. Liguria, 16 marzo 2021, n. 22 e 10 settembre 2020, n.112; id. Piemonte, del 10 marzo 2021, n. 49; id. Piemonte 11 marzo 2021, n. 48; id. Piemonte, 21 gennaio 2021, n.7; id. 20 gennaio 2021, n. 6; id. Lombardia, 29 marzo 2019, n. 116; id. Emilia-Romagna, 13 marzo 2018, n. 60.

¹³ Corte conti Toscana, 13/22 cit.; id. Liguria, 12 maggio 2022, n. 37; id. Lombardia, 510/2013; id. 19 febbraio 2013, n. 61.

deve essere tanto maggiore, quanto maggiore sia la partecipazione, in termini di valore assoluto e di quota del Comune: *«in caso di partecipazione minima l'ente dovrà dare atto dell'attività svolta, dei principali indici economici e della motivata scelta di mantenimento o dismissione. Di contro, nel caso di partecipazioni maggioritaria sarà richiesto un livello di approfondimento significativamente più elevato»* ⁽¹⁴⁾.

Ne discende che la deliberazione del Consiglio Comunale non ha per oggetto specifico gli atti del procedimento societario, che costituiscono atti negoziali privati, posti in essere dalle società nell'ambito della propria autonomia negoziale.

Tale conclusione trova ulteriore conferma nella considerazione che quando il Testo unico delle società partecipate esplicitamente dispone che l'atto deliberativo comunale debba avere per oggetto specifico lo statuto della società, lo ha fatto con norme specifiche, nessuna delle quali risulta applicabile nel caso di specie ⁽¹⁵⁾.

3.5 - La conclusione ora esposta è perfettamente aderente alla scelta del Testo Unico, di *non interferire* con la disciplina societaria, laddove l'art. 1, comma 3, dispone che per *“tutto quanto non derogato”* dal medesimo decreto, alle società a partecipazione pubblica *“si applicano ... le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”*.

Pertanto il diritto privato *«costituisce la regola valida in genere, mentre le previsioni derogatorie del d.lgs. n. 175/2016 rappresentano eccezioni specifiche e limitate, di stretta interpretazione»* ⁽¹⁶⁾.

Costituisce, del resto, un principio consolidato dell'ordinamento, quello secondo cui la società per azioni con partecipazione pubblica *non muta* la sua natura di soggetto di diritto privato, che opera nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico: sicché *“non è consentito alla Pubblica Amministrazione incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali”* (Cass. SS.UU, 1 dicembre 2016, n. 2459; id. 4989/95; id. 5085/97; id. 8454/98).

¹⁴ Corte conti Toscana, n. 69/2022; id. 13/2022

¹⁵ Si tratta, in particolare, degli artt. 11, comma 9, sugli organi amministrativi di controllo delle società a controllo pubblico (norma che – come già osservato – non si applica ad Alia *supra*, par. 3.3.1); dell'art. 16, comma 2, sullo statuto della società *in house* e dell'art. 17 sullo statuto delle società miste.

¹⁶ G. CAIA, *Le società partecipate dopo il correttivo al testo unico*, in *Diritto on line – Treccani*, 2018; G. MORBIDELLI, *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2018, pag. 239

4. Valutazioni e conclusioni

4.1 – La ricostruzione della normativa svolta nei paragrafi precedenti permette di concludere che le operazioni societarie previste dal Progetto MultiUtility non pongono un problema di vincoli di evidenza pubblica da rispettare (*supra*, par. 3.3.4.1), ed attivano la competenza che il Testo Unico degli enti locali attribuisce al Consiglio comunale in merito agli indirizzi politico - amministrativi inerenti le società partecipate (*supra*, par. 3.2).

4.2 – La medesima ricostruzione consente altresì di identificare i parametri di legittimità dell'atto deliberativo richiesto al Consiglio Comunale dalle norme con le il Testo unico delle società a partecipazione pubblica disciplina le diverse operazioni societarie incluse nel Progetto MultiUtility.

Tali parametri risultano omogenei nelle varie norme che nel Testo unico sono riferibili alle distinte operazioni societarie: ciascuna di tali norme, infatti, richiede un “atto deliberativo” analiticamente motivato nel senso - specificato dall'art. 5 del TUSPP – di identificare le ragioni che sorreggono la scelta di indirizzo e di controllo politico – amministrativo, e di esporre l'iter logico che ha condotto il Consiglio comunale ad escludere profili di pregiudizio per gli equilibri economico – finanziari dell'Amministrazione comunale (*supra*, par. 3.5).

4.3 – Sotto questo profilo, ed in primo luogo, l'appropriatezza della motivazione esige di confrontarsi con la *sostanziale unitarietà* del Progetto MultiUtility.

Quest'ultimo, infatti per come ci è stato rappresentato dalla Società Alia, si muove in una logica unitaria, correlata alla unitaria strategia industriale che intende perseguire: creare un percorso virtuoso che superi la frammentarietà delle gestioni esistenti, aggreghi il maggior numero di soci pubblici, rafforzi le sinergie e aumenti la patrimonializzazione della società che costituirà il polo di gestione unitario dei servizi pubblici sul territorio.

La logica industriale appena descritta può essere apprezzata (dal punto di vista dell'interesse pubblico) nelle sue ricadute sull'assetto dei servizi pubblici, che il Progetto elaborato da Alia indica in: maggiore efficienza dei servizi; riduzione dei costi operativi dei servizi e conseguente riduzione tariffaria; maggiore sostenibilità ambientale tramite il rafforzamento degli investimenti impiantistici in logica di economia circolare; riduzione dell'indebitamento; aumento della leva finanziaria per effetto della quotazione.

In questo quadro, pertanto, le singole operazioni societarie (fusione, conferimenti, quotazione in borsa, costituzione di OpCo e di Holding pubblica) non sono *isolatamente* concepite, bensì costituiscono momenti di un unico percorso, diretto

agli obiettivi predetti. Conseguentemente anche l'atto deliberativo dovrà essere unitario, perché le ragioni che sottendono ogni singola operazione si spiegano compiutamente alla luce dell'unitario progetto industriale.

In tale logica unitaria, il Consiglio Comunale può esprimere un indirizzo riferito a tutte le fasi del progetto ed in particolare in merito all'opportunità che la propria partecipazione sociale in MultiUtility venga diluita a fronte: da un lato, del maggior valore e consistenza patrimoniale della società stessa (e, quindi, del maggior valore delle azioni); dall'altro lato, del mantenimento dei poteri che l'ordinamento civilistico correla allo *status* di socio (si pensi, ad esempio, ai poteri che l'art. 2367 c.c. riconosce ai soci che detengono almeno il ventesimo del capitale sociale).

4.4 - In secondo luogo, l'atto deliberativo non è chiamato ad approvare specificamente gli atti societari, i quali si muovono entro il perimetro dell'autonomia delle società partecipate, che anche il Testo unico delle società partecipate pubbliche ha inteso preservare (*supra*, par. 3.6), e sono soggetti ai controlli e ai vincoli procedurali previsti dal codice civile e (per le società quotate) dalle norme di settore e dalle prescrizioni della Consob.

Pertanto l'atto deliberativo è legittimamente adottabile pur se non tutti gli elementi di dettaglio dell'operazione siano ancora definitivamente declinati o 'cristallizzati', purché nel Progetto MultiUtility siano sufficientemente individuati i criteri di definizione di tali elementi.

Nel caso di specie, l'Organo consiliare può valutare l'appropriatezza di tali criteri ed elementi indicati nel Progetto MultiUtility: come ad esempio il valore minimo e quello massimo ipotizzati per l'aumento di capitale per i conferimenti in natura a servizio del processo di aggregazione (e quindi del valore da offrire al mercato); l'importo minimo e quello massimo dei capitali privati acquisiti mediante quotazione; il vincolo del 51% di proprietà pubblica in MultiUtility; i poteri civilistici di controllo sulla Società derivanti alla quota di partecipazione (come ad esempio quelli previsti dal già citato art. 2367 c.c.).

Si può notare che - secondo quanto viene indicato nel Progetto - le consistenze degli elementi ora indicati si definiranno nella fase attuativa. Tuttavia ciò non rende incerta l'approvazione del progetto e quindi non rende 'ipotetico' l'atto deliberativo, se ed in quanto detti scenari siano sufficientemente identificati e definiti nei loro elementi presupposti, così che la discrezionalità rimessa alle società cui sono rivolti gli indirizzi del Comune risulti sufficientemente limitata.

Diversamente, se si pretende che tutti i singoli elementi attuativi e di dettaglio *sottostanti* alle operazioni societarie siano definiti con certezza *prima* dell'atto deliberativo del Consiglio comunale, si verrebbe a proporre una sorta di *interpretatio*

abrogans delle norme del Testo unico, determinando una sorta di regresso all'infinito: perché ogni singolo Comune dovrebbe attendere l'adozione della deliberazione da parte degli altri Comuni.

In particolare, e con specifico riferimento all'operazione di quotazione (*supra*, par. 3.3.4.4), l'atto deliberativo dovrà esprimersi sull'opportunità che la società controllata assuma la posizione di società quotata e dovrà esporre le ragioni di 'convenienza economica' (e di sostenibilità finanziaria per il singolo Comune) di tale operazione. Sempre in questa logica, gli scenari correlati ai Conferimenti di cui al punto precedente potranno essere valutati in funzione del loro effetto, consistente in un maggior capitale sociale di MultiUtility da presentare al mercato per la quotazione di borsa.

Viceversa, l'atto deliberativo comunale non è chiamato a spingersi ad approvare gli atti societari e contrattuali del procedimento di quotazione, anche in considerazione del fatto che il processo di quotazione è una fattispecie a formazione progressiva, che si realizza con molteplici variabili, eseguite congiuntamente con *advisor* specializzati (tra cui le banche del consorzio di garanzia) e con il confronto con l'Autorità di vigilanza e Borsa Italiana.

Il che induce a ritenere che il *set* documentale relativo alle operazioni societarie non è 'oggetto' specifico della deliberazione (e dunque di approvazione), bensì si qualifica alla stregua di fonte informativa per valutare l'opportunità e la convenienza (dal lato del Comune) di tali operazioni.

Nelle considerazioni di cui sopra è il nostro parere.

Con i più distinti saluti.

prof. avv. Stefano Grassi

prof. avv. Luca R Perfetti

avv. Andrea Grazzini