

PARERE

sull'ambito di operatività della società AIMAG alla luce della normativa del TUSP e dello statuto sociale.

1. In punto di fatto viene rappresentato che la società AIMAG SpA è il risultato di un percorso che inizia nel 1964 con la costituzione a Mirandola di AIMAG (Azienda Municipalizzata Acqua e Gas) per trasformarsi prima in AIMAG (Azienda Intercomunale Municipalizzata Acqua e Gas) e, nel 1970, in azienda consortile per la gestione dei servizi acqua e gas di vari Comuni, fino all'attuale trasformazione in S.p.a., ai sensi del Testo Unico Enti Locali, D.lgs. 267/2000.

Oggi AIMAG è una società per azioni multiutility con controllo pubblico congiunto; il capitale sociale ordinario di AIMAG è detenuto per il 65% da 21 Comuni ricompresi tra le Province di Modena e Mantova, i quali agiscono in forza di patti parasociali ai sensi dell'art.2, co.1, lett. b) del D.lgs. 175/16 e provvedono alla nomina di tutti e cinque gli amministratori della società. Le restanti azioni sono detenute per il 25% da HERA SpA, per il 7,50% dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Carpi e per il 2,50% dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Mirandola.

Quindi, AIMAG è una società mista pubblico-privata; ha partecipato a gara con doppio oggetto (nel rispetto dei principi codificati anche nell'art.17 del D.lgs. 175/16) per l'affidamento del servizio idrico integrato e del servizio di raccolta e trasporto rifiuti.

Infine, viene riferito in fatto, che AIMAG è società multiservizi con attività prevalente nel settore dei servizi pubblici economici di rete.

2. L'art. 1 dello Statuto AIMAG prevede, come accennato, che: *<< È costituita la Società per Azioni, partecipata da enti pubblici locali ai sensi dell'art. 2449 CC., denominata*

"AIMAG S.p.A.

La società esercita il ruolo di capogruppo nei confronti delle società controllate>>.

Il successivo art. 3 stabilisce: << *La società ha per oggetto la produzione di servizi di interesse generale e le attività imprenditoriali in regime di concorrenza nel mercato consentite dall'ordinamento, di seguito indicate:*

- a) *gestione impianti e reti di trasporto e di distribuzione del gas, distribuzione gas per usi civili e produttivi compresi gli interventi per la sicurezza;*
- b) *impianto e gestione dell'intero ciclo dell'acqua, comprendente: captazione, acquisto, sollevamento, trattamento, trasporto, distribuzione e vendita dell'acqua per usi potabili e per usi diversi compresa la vendita della stessa tramite distributori automatici; raccolta, trattamento e scarico delle acque di rifiuto nonché smaltimento dei fanghi residui; gestione fognature;*
- c) *gestione dell'intero ciclo di rifiuti urbani e speciali, comprendente: raccolta, trasporto, trattamento, recupero, riciclaggio, smaltimento;*
- d) *produzione, acquisto, scambio, trasporto, distribuzione e commercializzazione di energia in tutte le sue forme;*
- e) *pubblica illuminazione;*
- f) *produzione e distribuzione di calore, gestione impianti termici;*
- g) *infrastrutture e servizi di telecomunicazione;*
- h) *altri servizi di interesse generale a rilevanza economica ed attività imprenditoriali connesse al profilo delle competenze aziendali;*
- i) *progettazione e produzione di dispositivi per la conversione.*

La società può, inoltre, eseguire ogni altra attività e servizio, attinente o connesso all'oggetto, nessuno escluso. La società promuove ed intraprende studi, iniziative, incontri, ricerche ed attività intese a contribuire alla realizzazione del fine perseguito.

Nel rispetto delle disposizioni di legge in vigore, la società realizza l'oggetto sociale senza vincoli territoriali.

Nel rispetto delle disposizioni di legge in vigore la realizzazione dell'oggetto sociale può essere perseguita anche tramite le società controllate o collegate: l'oggetto sociale inoltre può essere realizzato attraverso l'affitto e la compravendita di aziende o rami di esse o la partecipazione a raggruppamenti temporanei d'impresa sotto qualsiasi forma costituiti.

La società può svolgere attività di direzione e coordinamento delle società partecipate nei vari settori di riferimento, ai sensi dell'art. 2497 e segg. C.C.

Per il perseguimento dell'oggetto sociale, la società può compiere tutte le operazioni commerciali, finanziarie, mobiliari ed immobiliari, ritenute utili e necessarie, ivi compreso locare e/ o affittare singoli beni di proprietà nonché sublocare e/o subaffittare singoli beni condotti in locazione finanziaria o leasing dalla società.

Nel rispetto delle disposizioni di legge in vigore la società infine per il raggiungimento dell'oggetto sociale può partecipare a società di nuova costituzione e, sia direttamente che indirettamente, sotto qualsiasi forma, assumere e cedere partecipazioni ed interessenze anche tramite conferimenti, in altre società o imprese o enti, sia italiani che stranieri, aventi oggetto analogo, affine o complementare al proprio e può prestare garanzie reali e/o personali per le obbligazioni connesse allo svolgimento dell'attività sociale anche a favore di enti e società controllate e/o collegate.....omissis...>>.

Anche in sede giudiziale (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 agosto 2011 n. 17) si è riconosciuto che:
<< *Aimag S.p.a. è, invero, società mista conformata ai sensi indicati dall'art. 113, co.5 lett. b), D.lgs. n.267 del 2000, affidataria, ad opera delle competenti Autorità d'Ambito Ottimale, del servizio idrico integrato e del servizio raccolta e trasporto rifiuti solidi e urbani per i Comuni soci, avendo previamente espletato idonea procedura ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato con gara pubblica a duplice oggetto...: l'acquisizione della qualifica di socio (in particolare di socio titolare di azioni ai sensi dell'art. 2350 co. 2 c.c. correlato all'affidamento del servizio pubblico locale oggetto di gara) e l'assegnazione a specifici compiti operativi riguardanti la gestione del servizio medesimo (con l'attribuzione ex art. 2345 c.c. di prestazioni accessorie connesse alle*

suindicate azioni correlate all'affidamento del servizio, V Sez., 12 novembre 2009, n. 7048). AIMAG non risulta titolare di contratti aventi ad oggetto lo svolgimento di attività e/o servizi di natura strumentale (rilevanti ai fini dell'art. 13 cit.) per l'attività degli enti locali soci e in particolare non risulta titolare di contratti di "gestione calore" affidati direttamente dai Comuni soci. La stessa risulta avere scorporato, mediante cessione di ramo d'azienda, l'attività riguardante il servizio pubblico locale di Illuminazione pubblica ad una nuova società mista, costituita previa gara pubblica, e per quanto riguarda il servizio di distribuzione di gas naturale, risulta affidataria, attraverso la soc. controllata AS Reti Gas s.r.l., in regime transitorio ex art. 15, co. 10, d.lgs n. 164 del 2000, del servizio di distribuzione di gas naturale nel territorio di alcuni Comuni soci. In conclusione, AIMAG non risulta essere qualificabile come società strumentale per l'attività istituzionale dei Comuni soci, da cui l'inapplicabilità alla stessa divieto di partecipazione alle gare pubbliche previsto dall'art. 13 cit. (cfr. V Sez., n. 2012/11)>>.

In tale sede è stato altresì stabilito che AIMAG e le sue società controllate, non essendo società strumentali, hanno facoltà di partecipare a gare pubbliche extra-moenia.

Tale sentenza è stata emanata con riferimento ad uno statuto che era, per quanto riferitomi, analogo a quello attuale; essa ha affermato che la società svolge servizi pubblici a rilievo economico.

3. Il Testo Unico sulle società pubbliche approvato con d. lgs. 175/16 (per brevità, TUSP) si applica, tra l'altro, anche alle «amministrazioni pubbliche» di cui all'art 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, tra cui i Comuni e le Province.

Inoltre, è, ormai, pacifico che il TUSP investe anche i servizi pubblici di interesse generale, sia economici che non economici, pur con le espresse, significative, eccezioni ad essi riservate (sul punto si tornerà in seguito).

Sempre in via generale va evidenziato che il TUSP concerne sia le partecipazioni societarie dirette, sia quelle indirette (art 4, comma 1 e art. 5, comma 1 TUSP).

In tale prospettiva va approfondita la portata dell'art 4 TUSP che concerne le finalità

perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche.

In particolare, **i commi 1 e 2** dell'art 4 cit. prevedono:

<< 1. Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

*2. Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, **direttamente o indirettamente**, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:*

a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;

b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016;

c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2;

d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;

e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016 >>.

Secondo un'interpretazione, che, ormai, può considerarsi recessiva, il comma 1 prevede una fattispecie distinta da quelle del comma 2 (o distinta da quelle del comma 2 lettere a,

b, c ed c, e di specifica della lettera d), nel senso che un ente pubblico può partecipare ad una società se la stessa ha uno degli oggetti indicati nel comma 2 o qualora la società abbia ad *oggetto attività di produzione di beni e servizi strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*. Secondo tale esegesi, il comma 1 avrebbe una valenza aggiuntiva e in un certo qual senso residuale rispetto alla previsione del comma 2, concretizzando, comunque, una fattispecie autonoma e distinta dal comma 2.

Si è, altresì, osservato, anche sul piano della interpretazione letterale, che se si fosse voluto dar rilievo allo *scopo-fine* non si sarebbe fatto riferimento ad un'attività quale la produzione di beni e servizi, ma si sarebbe semplicemente affermato "...*aventi per oggetto attività non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*".

In sostanza, il primo comma non contempla una finalità/scopo, ma un'attività ad oggetto specifico, quale la produzione di beni e servizi (*aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*), sicché si tratterebbe, di una fattispecie che si aggiunge, con una propria specifica disciplina, al novero delle attività di cui al comma 2 dell'art 4 cit., con la conseguenza che il requisito della stretta inerenza ("...*non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali...*") previsto nel comma 1 non si applicherebbe alle attività scopo di cui al comma 2, tra cui i servizi di produzione di un servizio di interesse generale (art. 4, comma 2, lettera a).

3.1 Secondo altra e ormai **prevalente** interpretazione, il comma 2 contiene una specificazione vincolante del comma 1, nel senso che un'amministrazione pubblica o un ente può partecipare ad una società se essa persegue un fine strettamente strumentale e necessario rispetto alle finalità dell'ente e, nel contempo, si tratti di una delle attività di cui al comma 2.

In sostanza, il comma 1 prevede il requisito del vincolo di scopo pubblico ed il comma due il distinto, ma cumulativo, vincolo di attività della società pubblica: per configurarsi una partecipazione societaria ammissibile entrambi detti vincoli devono sussistere, salvo le deroghe espresse.

In tale prospettiva è opportuno evidenziare che il Consiglio di Stato (parere n. 968/16)¹ ha affermato quanto segue: «..... La norma in esame (art 4, ndr) è una delle più rilevanti dello schema di decreto perché definisce il nuovo perimetro entro cui le società pubbliche possono operare. Il comma 1 riprende, sostanzialmente, il contenuto dell'art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007, stabilendo che: "Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». Si tratta di un chiaro e stringente "vincolo di scopo pubblico". L'importante novità dello schema di decreto è rappresentata dal secondo comma che aggiunge a tale limite un ulteriore "vincolo di attività" – non presente nella disciplina vigente (cfr. retro, parte I, par. 6) – ammettendo soltanto le società che svolgono «esclusivamente» le attività indicate alle lettere a), b), c.), d), e). Alcune delle suddette lettere riguardano l'attività che possono svolgere alcune particolari tipologie di società. Il Collegio segnala, sin da ora, l'opportunità di tenere separata l'elencazione delle attività ammesse dalle tipologie societarie, puntualizzando in una apposita disposizione l'eventuale modulazione delle attività esercitabile in relazione a detta tipologia. La lettera a) ammette l'attività diretta alla «produzione di un servizio di interesse generale». La Commissione speciale rileva come lo schema di decreto abbia omissis di richiamare anche la nozione di «servizio di interesse economico generale" ..omissis...La lettera b), che potrebbe essere spostata alla fine dell'elenco poiché

¹ Il parere del Consiglio di Stato è reso sulla bozza dello schema del TUSP, poi refluito con variazioni nella originaria versione del decreto legislativo 175/16; il testo dei commi 1. e 2 dell'art 4 TUSP sopra riportati sono quelli vigenti e variano, rispetto al testo esaminato nel parere del Cons. Stato, limitatamente al disposto della lettera d) del comma 2; trattasi di variazione non conferente ai fini della osservazione del citato Consiglio sopra trascritta.

riguarda una fattispecie particolare, ammette l'attività diretta alla «progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 172 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163». Tale disposizione si riferisce alla società pubblica di progetto, quale forma di partenariato pubblico/privato, che opera nell'ambito della finanza di progetto. Si segnala l'esigenza di coordinare il testo con il nuovo Codice dei contratti pubblici. La lettera c) ammette l'attività diretta alla «realizzazione e gestione di un'opera ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato, selezionato con le modalità di cui all'articolo 7, comma 5, del presente decreto, in funzione dell'affidamento dell'opera o del servizio». La norma in esame si riferisce alla forma generale di partenariato rappresentato dalle società miste. ...omissis.... La lettera d) ammette l'attività di «autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento». Questa disposizione deve essere letta unitamente al successivo comma 4, il quale dispone che: «le società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici hanno come oggetto sociale esclusivo le attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) di cui al comma 2. Salvo quanto previsto al successivo articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti...omissis.... Alla luce di quanto sin qui esposto, emerge con chiarezza che lo schema di decreto, non ritenendo sufficiente il solo "vincolo di scopo pubblico", intenda non consentire più la costituzione o la partecipazione di amministrazioni pubbliche in società pubbliche che svolgono attività di impresa. La riforma in atto, pertanto, si propone di perseguire la finalità di assicurare nuove forme di privatizzazione sostanziale con impulso positivo ai processi di liberalizzazione delle attività economiche... >>.

Conforme anche la dottrina prevalente secondo la quale: <<Sulla base del combinato disposto degli artt. 3, 4, 5 ed 8 Testo Unico, l'amministrazione pubblica può **assumere**,

e successivamente **mantenere**, partecipazioni in società nel rispetto di condizioni:

- sostanziali, rinvenibili nel limite tipologico (art. 3, 1° co., Testo unico), nel limite di scopo (art. 4, 1° co., Testo unico), e nel limite di attività (art. 4, 2° co., Testo Unico);
- e procedurali, riguardanti le procedure attraverso le quali si deve formare la volontà dell'amministrazione di assumere partecipazioni in società (artt. 5 ed 8 Testo unico).

L'esame dell'articolato normativo si raccorda al tema generale della **capacità di costituire una società**. Paiono ormai recessive le tesi che solevano associare all'ente pubblico la normale capacità di un soggetto privato di acquisire lo status di socio in una società commerciale ...omissis.... La **limitata capacità** dell'amministrazione di assumere partecipazioni è confermata dalle evidenze normative riprese nell'emanato Testo unico, in base al quale l'ente pubblico può costituire solo (o mantenere partecipazioni in):

- società appartenenti ad uno dei tipi sociali nei quali è ammessa la partecipazione pubblica ai sensi dell'art. 3, 1° co., Testo unico (**limite tipologico**);
- società aventi ad oggetto la produzione di beni e servizi, strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4, 1° co., Testo unico (**limite di scopo**);
- società preposte allo svolgimento di una delle specifiche attività elencate dal 2° co. dell'art. 4, Testo unico (**limite di attività**).

A norma dell'art. 4, 1° co., infatti, le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di **produzione di beni e servizi non strettamente necessarie al perseguimento delle proprie finalità istituzionali**, né acquistare o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

Il disposto dell'art. 4, 1° co., Testo unico, ha inteso precisare la portata del principio introducendo variabili nella struttura della fattispecie... .. (omissis). L'applicazione di questo criterio giustificativo dell'assunzione o mantenimento di partecipazioni sociali apre ad una **valutazione necessariamente casistica** che, nell'attuale contesto normativo,

è impostata in termini di criterio generale riferibile ad ognuna delle attività per le quali una società partecipata è ammessa ad operare ai sensi dell'art. 4, 2° co. La maggiore estensione operativa del principio è riprovata, poi, dal superamento dell'originaria predeterminazione di quelle attività sottratte al filtro funzionale, ovvero quelle attività ritenute dalla norma previgente intrinsecamente avvinte da una relazione di stretta necessità al raggiungimento dell'interesse dell'amministrazione pubblica..... omissis

Non è dato, invece, dubitare che il vincolo della stretta necessità al perseguimento dell'interesse dell'amministrazione copra l'ipotesi dell'assunzione o del mantenimento di partecipazioni di minoranza. Il riferimento alla partecipazione di minoranza va ragionevolmente inteso, almeno in via elettiva, nella prospettiva delle società a prevalente partecipazione priva e ricomprende in ogni caso il fenomeno della **società mista pubblico – privata**omissis.....

Un secondo pregio da riconoscere all'art. 4, 1° co., Testo unico, è dato dal puntuale riscontro alle **partecipazioni indirette**....omissis...La previsione si giustifica sulla scorta di una concezione sostanzialistica dell'impresa. La norma tradisce la consapevolezza che – di là dalla formale alterità soggettiva tra società avvinte da rapporti di controllo o collegamento – la partecipazione al capitale di una società costituisce uno strumento mediato ed indiretto di esercizio dell'attività. L'evidenza ha carattere sistemico, e nel caso concreto oggetto della presente ricerca essa si coniuga con gli interessi che giustificano una limitazione della partecipazione di soggetti pubblici a società. Nella valutazione di stretta necessità della partecipazione pubblica alla società deve tenersi conto dell'intera sfera giuridica dell'ente partecipato, comprese le partecipazioni da quest'ultimo detenute in altre società. Agli effetti della norma in commento, pertanto, le partecipazioni acquisite dalla società vanno riqualficate alla stregua di partecipazioni indirette dell'ente pubblico per le quali restano operativi i limiti funzionali e di attività ivi previsti [sono ovviamente salvi i regimi speciali, come quello previsto dal comma 5 dell'art 4 TUSP per le società di autoproduzione di cui alla lettera d del comma 2 dell'art 4, n.d.r.]....omissis...

[Quanto al **c.d. vincolo di attività, ndr**] è stata ancorata la facoltà per l'amministrazione pubblica di acquisire e mantenere partecipazioni in società è invece rinvenuto nella predeterminazione delle attività che possono costituire l'oggetto sociale. Ai sensi dell'art. 4 Testo unico, infatti, l'amministrazione è legittimata a partecipare solamente a società aventi per oggetto l'esercizio delle attività elencate nel 2° comma... Si osserva, in primo luogo, che il **ventaglio di attività** in ordine alle quali è consentita la partecipazione pubblica alla società è **integrato da altre norme**, talune interne al corpo normativo del Testo unico, altre contenute in leggi speciali cui la normativa generale mantiene fermo il rinvio. Si ponga altresì attenzione sulla **correlazione tra la predeterminazione di queste attività economiche ed il vincolo di scopo** previsto dal 1° comma dell'art. 4 Testo unico. La determinazione dell'oggetto sociale è concretamente connotata dagli interessi che giustificano la partecipazione pubblica. Nel sistema prospettato dalla vigente normativa, infatti, la valutazione di stretta necessità al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione rimane oggettivamente filtrata dalla definizione dei caratteri tipologici delle attività integranti l'oggetto sociale. Il principio copre trasversalmente ciascuna delle attività esercitabili dalla società partecipata, comprese quelle c.d. strumentali. Il riferimento alle **società c.d. strumentali** era originariamente contemplato dal decreto 4 luglio 2006, n. 223 – c.d. Bersani – che ai sensi dell'art. 13 legittimava la partecipazione dell'amministrazione in società destinate alla produzione di beni e servizi strumentali all'azione dell'ente pubblico. La rilevanza di queste attività, invece, è stata assorbita nella fattispecie della società di autoproduzione tipizzata dall'art. 4, 2° co., lett. d), e conseguentemente sottoposta – al pari delle altre società partecipate – al principio giustificativo della stretta necessità della partecipazione pubblica...>> (Cosi C. Ibba e I. Demuro, "Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico al d. lgs. 175/16 e 100/17", Torino, 2018. Conformi, sostanzialmente, sul doppio vincolo, di scopo e di attività, V. Donativi, Le società a partecipazione pubblica, Cedam –Wolters Kluwer, 2016; F. Sciascia, Limiti teleologici all'intervento pubblico in società di capitali, in

Fimmanò e Catricalà (a cura di). Società pubbliche, Milano, 2016).

4. Il comma 4, già nella versione originaria, prevedeva alcune deroghe al c.d. criterio del doppio vincolo (di scopo e di attività), come nel caso delle società di cui ai commi 5-8 dell'art 4 TUSP; tra queste non erano menzionate le società che gestivano servizi pubblici di rilevanza economica.

Considerato che l'art 4 TUSP prevedeva (e prevede), alla lettera a), che, nei limiti di cui al comma 1, gli enti possono, **direttamente o indirettamente**, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per la produzione di un **servizio di interesse generale (S.I.G.)**, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi, si poteva ritenere (e si può ritenere) che anche per i servizi di interesse generale valesse (valga) il vincolo di scopo di cui al comma 1.

Di conseguenza, si poteva affermare che gli enti potessero costituire società o acquisire/mantenere partecipazioni societarie nel settore dei S.I.G. solo se *strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*, locuzione questa molto ampia che sembrava (e sembrerebbe) idonea a ricomprendere anche il vincolo di operatività nel territorio dell'ente socio di riferimento.

4.1 Quanto alla definizione del "servizio di interesse generale" (S.I.G.), menzionato nel comma 2 lettera a) dell'art 4 cit., nell'art 2 TUSP si prevedono le seguenti puntualizzazioni:

<< h) «servizi di interesse generale»: le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei

bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale:

i) «servizi di interesse economico generale»: i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato >>.

Quindi, in linea generale, i S.I.G. sembrerebbero ricomprendere, nel contesto dell'art 4, comma 2, lettera a) TUSP, la categoria dei S.I.E.G e ciò sebbene questi ultimi sembrerebbero destinati ad essere disciplinati da specifico decreto (in effetti, il Cons Stato, Ad. Comm, Spec. 6 aprile 2016, n. 1075/16, parere su schema di decreto legislativo recante: *“Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale”*).

Sul punto si sottolinea che di recente il Consiglio di Stato (V, 23 gennaio 2019 n. 978) ha affermato puntualmente che i servizi di interesse generale sono le attività di produzione di beni e servizi necessari a soddisfare i bisogni della collettività di riferimento e che spetta a ciascuna amministrazione pubblica stabilire quali siano i bisogni da soddisfare e i mezzi più idonei a garantire tale risultato.

Secondo il Supremo Consesso Amministrativo: *<<...la decisione di costituire una società, ovvero di conservare o mantenere una partecipazione societaria, forma anzitutto oggetto di una valutazione non automatica, ma naturalmente variabile, perché di ordine eminentemente politico-strategico in rapporto al contingente indirizzo politico-amministrativo fatto responsabilmente proprio – nell'esercizio del potere rappresentativo – dall'amministrazione pubblica riguardo, in primo luogo, ai “bisogni della collettività di riferimento” che spetta ad essa identificare: cioè, in rapporto alla necessità del loro soddisfacimento a mezzo dell'erogazione di un certo servizio o della produzione e fornitura di un certo bene. E sempre che la soddisfazione dei detti bisogni non sia già rimessa alla competenza di un'altra amministrazione pubblica >>* (Cons Stato, V, 978 cit.).

In proposito appare opportuno riportare pedissequamente il ragionamento del Consiglio di Stato:

<<.... il Comune, ente autonomo a fini generali (cfr. art. 3, comma 2, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 - Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali e così considerato, tra le tante, da Cons. Stato, V, 23 novembre 2018, n. 6644, e da Cass., V, 30 ottobre 2018, n. 27572) e primo livello di allocazione delle funzioni amministrative, è il soggetto pubblico cui spetta, salva diversa scelta legislativa (giustificata con la necessità di assicurare l'esercizio unitario, secondo i principio di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, dell'art. 118, primo comma, Cost.), la ricognizione dei bisogni della collettività di riferimento e le loro qualificazione come obiettivi di interesse pubblico da perseguire, nonché scelta delle modalità per la loro soddisfazione. Ciò anche, per quanto interessa in questa sede, mediante l'erogazione di un servizio ovvero la produzione e la fornitura di un bene (come previsto dall'art. 13, comma 1, TUEL, per il quale: "Spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale, regionale, secondo le rispettive competenze"). In assenza di potestà legislativa, la scelta dell'amministrazione comunale è compiuta in atti amministrativi politico-discrezionali, sindacabili dal giudice amministrativo nei limiti indicati>>. (Cons Stato, V, 978 cit.).

In sostanza, secondo il richiamato orientamento giurisprudenziale, sono i Comuni a decidere, con una scelta politico-strategica, quali siano le attività e i servizi di interesse generale idonei per i bisogni della propria collettività di riferimento e tra questi possono sussistere anche attività di rilievo economico².

² Consiglio di Stato, Sez. V, 578/2019, osserva anche, pag.33: "... L'art. 24 - cioè la norma che prevede la razionalizzazione straordinaria delle partecipazioni già possedute, che è diversa da quella periodica, cioè a regime, dell'art. 20 - fa dunque, analogamente all'art. 20, comma 2, un rinvio all'art. 4 (Finalità perseguibili mediante l'acquisizione o la gestione di partecipazioni pubbliche) d.lgs. n. 175 del 2016. Questo art. 4 è la norma che, sulla base del criterio della "stretta necessità" rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente, perimetra l'abilitazione delle partecipazioni pubbliche, dando definizione e consistenza agli obiettivi genericamente indicati dall'art. 1, comma 2 ("[...] efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, [...] tutela e promozione della concorrenza e del mercato, [...] razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica"). In questi termini, è stato rilevato, l'art. 4 pone limiti alla capacità generale delle amministrazioni pubbliche di costituire o acquisire partecipazioni in società di capitali, in ragione delle finalità perseguibili mediante le stesse.....omissis.....L'art. 4, infatti, stabilisce, al comma 1: "Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione

Quanto precede anche in considerazione del principio euro-unitario della “neutralità” della proprietà dell’impresa, pubblica o privata che sia, statuito dall’art. 106 paragrafo 2 del TFUE in base al quale *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole della concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*.

5. Va precisato che il **comma 9 bis dell’art. 4 TUSP**, introdotto dal correttivo di cui al D.lgs, n. 100/17, ha previsto uno specifico regime per i servizi economici di interesse generale a rete; in particolare, il comma 9 bis dispone:

“Nel rispetto della disciplina europea, è fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete, di cui all’articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, anche fuori dall’ambito territoriale della collettività di riferimento, in deroga alle

di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”. È così posto un vincolo di scopo: possono essere costituite società ovvero acquisite o mantenute partecipazioni solo se l’oggetto dell’attività sociale – la produzione di beni e servizi – è strettamente necessaria al perseguimento delle finalità istituzionali del soggetto pubblico. L’art. 4, comma 2, precisa poi che, “nei limiti di cui al comma 1” e, dunque, nel rispetto del vincolo di scopo, possono essere costituite società o acquisite o mantenute partecipazioni in primo luogo in società “di produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi” dell’articolo 4, lett. a), sul quale si concentra l’attenzione poiché nella vicenda in esame è questa la tipologia di società in rilievo. La definizione di “servizi di interesse generale” è quella contenuta nell’art. 2, comma 1, lett. h); si tratta delle “attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell’ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l’omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale”. E’ da notare che anche nella definizione di “servizi di interesse generale” (locuzione di derivazione comunitaria recepita nell’ordinamento interno essenzialmente in luogo della tradizionale formula del “servizio pubblico”), v’è un richiamo alle finalità dell’attività di produzione e fornitura di beni o servizi. Questa dev’essere necessaria “per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento” per garantire “l’omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale”.

In dottrina si è rilevato come l’introduzione nell’ordinamento interno della locuzione comunitaria di “servizi di interesse generale” abbia comportato un superamento delle tradizionali concezioni, soggettive o oggettive, di servizio pubblico, a favore di una concezione funzionale, tale per cui è servizio di interesse generale quel che sia considerabile rispondente alla soddisfazione di un bisogno di interesse generale dal soggetto pubblico che decida di assumerne la gestione.

Del resto, osserva il Collegio, nella definizione di “servizio di interesse generale” v’è il riferimento alla necessità che il servizio, o differenza di quanto avverrebbe ove fosse lasciato al mercato senza un intervento pubblico, sia svolto in condizioni “differenti di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza”. Si tratta del cc.dd. obblighi di servizio pubblico. Gli obblighi di servizio compongono, nel loro insieme, la disciplina cui è sottoposta una data attività di erogazione di un servizio (o produzione di un bene) se, per stima di un’amministrazione pubblica, la stessa è considerata necessaria ad assicurare la soddisfazione di bisogni della collettività di riferimento. Al contempo, la soddisfazione di questi bisogni costituisce il fine pubblico dell’impresa gestita da una società o partecipazione pubblica che svolga servizi di interesse generale: la ragione, cioè, per la quale l’amministrazione pubblica decide di intervenire a modo di imprenditore.”

previsioni di cui al comma 2, lettera a), purché l'affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica. Per tali partecipazioni, trova piena applicazione l'articolo 20, comma 2, lettera e). Resta fermo quanto previsto dall'articolo 16³.

Quindi, in relazione alle società svolgenti siffatti servizi a rete non opera il vincolo del territorio della collettività di riferimento e tale accezione concerne anche l'acquisizione di nuove partecipazioni.

5.1 L'eccezione predetta concerne, come accennato, i servizi a rete di cui all'art 3 bis cit; quest'ultimo dispone, per quanto qui rileva, che: *<< A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio...omissis.... Fermo restando il termine di cui al primo periodo del presente comma che opera anche in deroga a disposizioni esistenti in ordine ai tempi previsti per la riorganizzazione del servizio in ambiti, è fatta salva l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali in coerenza con le previsioni indicate nel presente comma....omissis....*

l-bis. Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di

³ La norma riprende sostanzialmente l'esimente di cui all'art. 3, comma 27, l. 244/2007, secondo il quale era sempre ammessa la partecipazione in società avente per oggetto, tra l'altro, la produzione di servizi di interesse generale o che forniscano servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo cui gli enti locali partecipano obbligatoriamente, fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 90, della legge 7 aprile 2014, n. 56. Qualora gli enti locali non aderiscano ai predetti enti di governo ...omissis.....

4. Fatti salvi i finanziamenti già assegnati anche con risorse derivanti da fondi europei, i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'articolo 119, quinto comma, della Costituzione relativi ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica sono attribuiti agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio a condizione che dette risorse siano aggiuntive o garanzia a sostegno dei piani di investimento approvati dai menzionati enti di governo. Le relative risorse sono prioritariamente assegnate ai gestori selezionati tramite procedura di gara ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità di regolazione competente, o l'ente di governo dell'ambito nei settori in cui l'Autorità di regolazione non sia stata istituita, attesti l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa o dall'ente di governo dell'ambito, ovvero che abbiano deliberato operazioni di aggregazione societariaomissis...

6-bis. Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, comprese quelle di carattere speciale, in materia di servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica si intendono riferite, salvo deroghe espresse, anche al settore dei rifiuti urbani e ai settori sottoposti alla regolazione ad opera di un'autorità indipendente...>>⁴.

⁴ Si riporta, comunque, il testo integrale dell'art 3 bis: << 1. A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi, entro il termine del 30 giugno 2012. La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale. Le regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei comuni presentata entro il 31 maggio 2012 previa lettera di adesione dei sindaci interessati o delibera di un organismo associato e già costituito ai sensi dell'articolo 30 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Fermo restando il termine di cui al primo periodo del presente comma che opera anche in deroga a disposizioni esistenti in ordine ai tempi previsti per la riorganizzazione del servizio in ambiti, è fatta salva l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali in coerenza con le previsioni indicate nel presente comma. Decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei Ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica, esercita i poteri sostitutivi di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, per organizzare lo

Quindi, la norma del comma 9 bis cit. non tipizza i servizi a rete e, richiamando l'art.3 bis del D.L. n.138/2011, sembra ricomprendere anche il settore dei rifiuti urbani tra quelli a rete.

svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, comunque tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio.

1-bis. Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo cui gli enti locali partecipano obbligatoriamente, fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 90, della legge 7 aprile 2014, n. 56. Qualora gli enti locali non aderiscano ai predetti enti di governo entro il 1° marzo 2015 oppure entro sessanta giorni dall'istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale ai sensi del comma 2 dell'articolo 13 del decreto-legge 30 dicembre 2013, n. 150, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2014, n. 15, il Presidente della regione esercita, previa diffida all'ente locale ad adempiere entro il termine di trenta giorni, i poteri sostitutivi. Gli enti di governo di cui al comma 1 devono effettuare la relazione prescritta dall'articolo 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e le loro deliberazioni sono validamente assunte nei competenti organi degli stessi senza necessità di ulteriori deliberazioni, preventive o successive, da parte degli organi degli enti locali. Nella menzionata relazione, gli enti di governo danno conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e ne motivano le ragioni con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio. Al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario, la relazione deve comprendere un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento in house, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio. Il piano economico-finanziario deve essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966. Nel caso di affidamento in house, gli enti locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario in house.

2. In sede di affidamento del servizio mediante procedura ad evidenza pubblica, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione costituisce elemento di valutazione dell'offerta.

2-bis. 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. In tale ipotesi, anche su istanza motivata del gestore, il soggetto competente accerta la persistenza dei criteri qualitativi e la permanenza delle condizioni di equilibrio economico-finanziario al fine di procedere, ove necessario, alla loro rideterminazione, anche tramite l'aggiornamento del termine di scadenza di tutte o di alcune delle concessioni in essere, previa verifica ai sensi dell'articolo 143, comma 8, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, effettuato dall'Autorità di regolazione competente, ove istituita, da effettuare anche con riferimento al programma degli interventi definito a livello di ambito territoriale ottimale sulla base della normativa e della regolazione di settore. 3. A decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. A tal fine, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nell'ambito dei compiti di tutela e promozione della concorrenza nelle regioni e negli enti locali, comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell'economia e delle finanze gli enti che hanno provveduto all'applicazione delle procedure previste dal presente articolo. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al periodo precedente, si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità.

4. Fatti salvi i finanziamenti già assegnati anche con risorse derivanti da fondi europei, i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'articolo 119, quinto comma, della Costituzione relativi ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica sono attribuiti agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio a condizione che dette risorse siano aggiuntive o garanzia a sostegno dei piani di investimento approvati dai menzionati enti di governo. Le relative risorse sono prioritariamente assegnate ai gestori selezionati tramite procedura di gara ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità di regolazione competente, o l'ente di governo dell'ambito nei settori in cui l'Autorità di regolazione non sia stata istituita, attesti l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa o dall'ente di governo dell'ambito, ovvero che abbiano deliberato operazioni di aggregazione societaria. (103)

4-bis. Le spese in conto capitale, ad eccezione delle spese per acquisto di partecipazioni, effettuate dagli enti locali con i proventi derivanti dalla dismissione totale o parziale, anche a seguito di quotazione, di partecipazioni in società, individuati nei codici del Sistema informativo delle operazioni degli enti pubblici (SIOPE) E4121 e E4122, e i medesimi proventi sono esclusi dai vincoli del patto di stabilità interno.

[5. Abrogato]

[6. abrogato]

6-bis. Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, comprese quelle di carattere speciale, in materia di servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica si intendono riferite, salvo deroghe espresse, anche al settore dei rifiuti urbani e ai settori sottoposti alla regolazione ad opera di un'autorità indipendente>>.

Inoltre, non sembra richiedere, né prevedere, che la gestione di servizi a rete costituisca l'oggetto esclusivo o prevalente della società di cui si intendono acquisire le partecipazioni.

Sul punto occorre considerare, inoltre, che il settore dei rifiuti urbani include diverse attività, come precisato dal D.L. 1/2012, convertito con la Legge 27/2012; in particolare si prevede (art.25, comma 4) che:

“Per la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono affidate ai sensi dell'art. 202 D.lgs. 152/2006 e nel rispetto della normativa europea e nazionale sull'evidenza pubblica le seguenti attività di:

- a) gestione ed erogazione del servizio che può comprendere le attività di gestione e realizzazione degli impianti,*

- b) raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a smaltimento e recupero, nonché, ricorrendo le ipotesi di cui alla lettera a), smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti all'interno dell'ATO. Nel caso in cui gli impianti siano di titolarità di soggetti diversi dagli enti locali di riferimento, all'affidatario del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani devono essere garantiti l'accesso agli impianti a tariffe regolate e predeterminate e la disponibilità delle potenzialità e capacità necessarie a soddisfare le esigenze di conferimento indicate nel piano d'ambito.”*

Quindi, anche le attività sul mercato riguardanti il settore dei rifiuti, cioè le attività a valle del servizio di raccolta e trasporto (ad esempio le attività di trattamento e smaltimento dei rifiuti), possono rientrare nelle attività di servizio di interesse economico generale nel caso vi sia da parte dei Comuni una volontà politico strategica finalizzata a svolgere tali attività per la collettività di riferimento.

5.2 Il comma 9 bis dell'art.4 cit. stabilisce, ai fini della operatività *extra* territorio, che

“l'affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica”.

Nella fattispecie, per quanto riferitomi in fatto, AIMAG non opera nell'attualità mediante affidamenti diretti (viene riferito, come accennato, che la situazione non è mutata rispetto a quella oggetto della sentenza del Cons Stato, Ad. Pl. 17/11, sopra già richiamata, che ha riscontrato che la società non opera sulla base di affidamenti diretti).

Inoltre, ancora per quanto precisato in fatto, nemmeno l'acquisenda società UNIECO HOLDING AMBIENTE (per brevità, UHA), è titolare di affidamenti diretti. Nel contempo, la società UHA, svolge, per quanto riferito in fatto, sia attività di servizio pubblico in concessione nel settore della raccolta e trasporto dei rifiuti, sia attività nel libero mercato riguardanti i rifiuti speciali (intermediazione, deposito temporaneo, cernita e selezione, recupero, trattamento e smaltimento, progettazione e realizzazione di impianti di trattamento, recupero e smaltimento rifiuti), sia bonifiche (progettazione e realizzazione di interventi di messa in sicurezza e bonifica di siti inquinati e aree dismesse). Le predette attività nel settore dei rifiuti fanno parte, per quanto riferito in fatto, del *core business* di UHA e costituiscono una gestione integrata dei rifiuti in cui vi sono attività prettamente in concessione di servizio e attività che vengono gestite in concorrenza sul mercato.

Orbene, pur considerando le attività sul mercato di UHA, appare ammissibile, sulla base del comma 9 bis dell'art 4 cit. e del richiamato orientamento della giurisprudenza sulla insussistenza di una tipizzazione normativa delle attività di servizi a rete, la partecipazione di AIMAG, società mista pubblico-privata, alla gara per acquisire UHA, considerato, da un lato, che AIMAG svolge servizi pubblici di rilevanza economica a rete (unitamente ad altre attività a mercato) e, dall'altro, che UHA esercita servizi economici di interesse generale a rete non affidati tramite trattativa privata, unitamente ad attività a mercato (attività di rifiuti). Resta fermo che, come accennato, anche le attività sul mercato riguardanti il settore dei rifiuti, cioè le attività a valle del servizio di raccolta e trasporto

(ad esempio, le attività di trattamento e smaltimento dei rifiuti) possono rientrare nelle attività di servizio di interesse economico generale nel caso vi sia da parte di Comuni la scelta politico-amministrativa finalizzata a svolgere tali attività per la collettività di riferimento.

Sotto tale ultimo profilo si sottolinea che i Comuni Soci sono chiamati a valutare come strategiche tali attività, rientranti nel cd. "fine pubblico dell'impresa", motivando, con le rispettive deliberazioni consiliari, il rapporto necessario di tali attività per il perseguimento delle finalità istituzionali (rapporto di strumentalità con il fine pubblico assegnato ad AIMAG); in sostanza, ciò che rileva è la motivazione correlata alle finalità di interesse pubblico per cui i soci di AIMAG intendono acquisire UHA e quanto precede dovrà essere esternato nelle delibere di approvazione all'acquisizione di UHA come previsto dagli artt. 8, 7, comma 1 e 2, e 5 del TUSP.

Resta fermo che l'art.4 comma 9 bis, d. lgs. 175 cit. **non sembra** richiedere, né prevedere, che la gestione di servizi a rete costituisca l'oggetto esclusivo o prevalente della società di cui si intendono acquisire le partecipazioni.

Comunque, come già evidenziato, alla luce del comma 9 bis cit., non appare preclusiva la circostanza che UHA operi fuori del territorio degli enti soci di riferimento; inoltre, l'art. 3 dello statuto di AIMAG, approvato dai Comuni soci, prevede testualmente sia l'operatività fuori territorio di AIMAG, sia l'acquisizione di società da parte della stessa AIMAG (".... Nel rispetto delle disposizioni di legge in vigore, la società realizza l'oggetto sociale **senza vincoli territoriali**. Nel rispetto delle disposizioni di legge in vigore la realizzazione dell'oggetto sociale può essere perseguita anche **tramite le società controllate o collegate...**").

5.3 Una maggiore conformazione dell'attività di UHA in termini di attività nel settore dei servizi a rete può configurarsi anche in termini di impegno programmatico, nell'attualità, di valorizzare in tal senso lo statuto e le attività concrete dell'acquisenda società, ossia di

impegno assunto dai soci (diretti, quali AIMAG ed indiretti, quali i soci pubblici di AIMAG) al momento della delibera di acquisizione della società stessa, dovendosi ritenere sufficiente che l'intervento trovi giustificazione nelle finalità consentite dalla normativa di riferimento (nella specie, appunto, attività di servizi a rete).

In tale prospettiva, AIMAG e (indirettamente) i soci di AIMAG esterneranno, altresì, il rapporto strumentale tra l'attività della società oggetto di acquisizione e il programma societario affidato ad AIMAG, ossia l'interesse strumentale.

In tale direzione giova evidenziare che secondo un orientamento della giurisprudenza, *“la norma dell'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016, laddove si riferisce alle attività di produzione di beni e servizi strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, non può essere interpretata nel senso che occorra verificare di volta in volta la sussistenza di condizioni di fatto che rendano indispensabile l'intervento pubblico. Occorre, invece, verificare che le attività di cui si tratti siano attinenti alle finalità proprie dell'ente e non ad esse estranee e che l'intervento pubblico mediante partecipazione societaria trovi giustificazione”* (TAR Sicilia, Catania, IV, n. 959/18).

5.4 Sempre il comma 9 bis dell'art.4 TUSP dispone: *“Per tali partecipazioni, trova piena applicazione l'articolo 20, comma 2, lettera e). Resta fermo quanto previsto dall'articolo 16”*.

L'art 20 prevede, tra l'altro, che: *«1. Fermo quanto previsto dall'articolo 24, comma 1, le amministrazioni pubbliche effettuano annualmente, con proprio provvedimento, un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo, ove ricorrano i presupposti di cui al comma 2, un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 17, comma 4, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, le amministrazioni che non detengono alcuna partecipazione lo comunicano*

alla sezione della Corte dei conti competente ai sensi dell'articolo 5, comma 4, e alla struttura di cui all'articolo 15

2. I piani di razionalizzazione, corredati di un'apposita relazione tecnica, con specifica indicazione di modalità e tempi di attuazione, sono adottati ove, in sede di analisi di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche rilevino:

a) partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all'articolo 4...omissis>>.

AIMAG svolge attività riconducibile all'art 4 TUSP e anche la società che si intende acquisire; comunque, non si tratta di preclusione o divieto, ma di oggetto dei piani di razionalizzazione.

Come previsto dalla norma, tutte le partecipazioni (comprese quelle oggetto di acquisizione), essendo oggetto dei piani di revisione ordinaria di cui all'art.20 del TUSP, sono sottoposte a verifica annuale da parte dei Comuni Soci.

Pertanto, nella fattispecie, i Comuni soci di AIMAG, nel momento in cui si verificasse l'acquisizione di UHA e di tutte le partecipazioni da questa detenute, anche nella ipotesi in cui risultassero alcune partecipazioni di UHA non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, dovranno procedere ad una eventuale verifica e rendicontazione di siffatte partecipazioni, con l'obbligo di dismettere quelle che risultassero non rientrare all'interno dell'art. 4 TUSP.

5.5 L'art 16 del TUSP (pure richiamato, come accennato, dal comma 9 bis dell'art 4) disciplina le società *in house* e, quindi, appare non rilevante considerato che né AIMAG, né la società "acquisenda", è una *in house*.

6. È opportuno evidenziare, infine, che il comma 4 dell'art 1 TUSP dispone, tra l'altro, che: <<*Restano ferme: a) le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di*

interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse...>>.

Il principio è specularlo a quello predeterminato nell'*incipit* dell'art. 5, 1° co., l'unico, sull'esonero dell'amministrazione dagli obblighi di motivazione collegati alla sottoscrizione o acquisto di partecipazioni *sociali* quando la società è costituita (o la partecipazione avvenga) <<in conformità a espresse previsioni legislative>>.

Orbene, in via generale, si ritiene che fonte di costituzione della società può essere, in alternativa all'atto negoziale, la legge (speciale-singolare) che istituisca direttamente l'ente (c.d. società coattiva), ne programmi obbligatoriamente la costituzione (società obbligatoria) o riconosca invece all'amministrazione una corrispondente facoltà (società facoltativa).

Quindi, le società c.d. singolari, sono quelle regolate da leggi provvedimento, riguardanti nominativamente uno o più società e sottoposte ad uno statuto normativo difforme rispetto al regime di diritto comune.

L'opinione prevalente è nel senso che il controllo funzionale di cui al 1° comma dell'art. 4 TUSP (vincolo di scopo) non operi in ipotesi di **acquisto di partecipazioni in società costituita dalla legge o a seguito di un obbligo di legge**.

Le società che gestiscono SIEG non sembrerebbero rientrare nel novero delle società di diritto singolare, ma la questione non è del tutto pacifica.

Comunque, la soluzione della questione appare non decisiva nella specie posto che a seguito della espressa previsione di cui al comma 9 bis dell'art 4 TUSP le società aventi ad oggetto SIEG correlati alla rete non sono sottoposte al vincolo di scopo "territoriale".

7. Si ritiene opportuno, infine, accennare alla deliberazione della Corte dei Conti, Sez. Reg. Controllo Emilia Romagna, relativa alla ricognizione straordinaria delle partecipazioni del Comune di Carpi, la quale in data 11 dicembre 2018, ha osservato, tra l'altro, quanto segue : "...omissis Per quanto riguarda **AIMAG spa** (società con 399 dipendenti),

controllata congiuntamente da 21 Comuni soci e partecipata direttamente dal Comune di Carpi al 20,47 per cento, riferisce l'Ente che ne è disposto il mantenimento, in considerazione del carattere strettamente necessario (art. 4, comma 1) dell'attività svolta dalla società e trattandosi di servizio di interesse generale (4, comma 2, lett. a). Aimag spa è la società capogruppo dell'omonimo Gruppo Aimag; detto gruppo costituisce un insieme integrato di aziende che perfeziona e completa nel proprio ambito di attività le filiere di prodotti e servizi erogati (gestione servizio idrico integrato, gestione servizio raccolta e smaltimento rifiuti, teleriscaldamento, cogenerazione e produzione biogas). Si tratta di società a capitale misto pubblico-privato, a controllo pubblico (il controllo è esercitato congiuntamente dai Comuni soci che detengono il 65% delle azioni ordinarie ed anche in forza di accordi parasociali). Gli affidamenti in essere con riguardo al servizio idrico e al servizio rifiuti sono stati affidati dalle rispettive Autorità d'Ambito, previo esperimento di gara per la selezione del socio operativo privato tramite emissione di azioni correlate ai servizi (fattispecie ora disciplinata dall'art. 17, comma 4, lett. c).

Riferisce l'Ente che:

- l'attività prevalente della società concerne la gestione dei servizi di interesse generale a rete e le attività connesse e complementari rispetto a queste (quali: la produzione di energia, il recupero e il trattamento quei rifiuti) e che, attraverso le altre società del Gruppo, si completa la filiera dei servizi al territorio (con le attività di vendita di energia e gas, costruzione impianti, produzione di energia da fonti rinnovabili);

- la partecipazione dei Comuni in Aimag "è funzionale al perseguimento di obiettivi di sviluppo territoriale e coesione sociale, attraverso la garanzia del diritto di accesso universale a beni e servizi fondamentali e lo sviluppo coordinato delle infrastrutture di rete; minimizzazione costi...; elevati livelli di sicurezza e continuità...; tutela delle fasce più deboli...).

Tanto premesso, rileva la Sezione una non adeguata motivazione del disposto mantenimento della quota in Aimag. Ogni partecipazione pubblica in società operanti in

settori riguardanti la gestione di servizi di interesse generale (art. 2, co.1 lett. h), non esime l'Ente dalla necessità di motivare circa la rispondenza ad un bisogno della comunità locale di riferimento che non possa essere soddisfatto se non a seguito di un intervento diretto del Comune. Infatti un Comune, salvo eccezioni, non può intervenire in settori nei quali il mercato può efficientemente operare (cfr. deliberazione n. 201/2017/PAR della Sezione di controllo per la Lombardia). Di tale società, peraltro, il Comune di Carpi in sede di piano di razionalizzazione aveva dichiarato come fosse stato iniziato un percorso di riposizionamento strategico, in una prospettiva di integrazione di tale società con altre operanti nel settore dei servizi pubblici locali multiutility, ma dell'esito di tale percorso non c'è traccia nel piano in analisi...omissis...".

Tale delibera concerne in generale l'esigenza di una puntuale esternazione della perdurante partecipazione in AIMAG, ma non sembra riguardare il profilo delle territorialità dell'attività in sé considerato.

8. In conclusione, sulla scorta delle considerazioni che precedono (in particolare quelle correlate al comma 9 bis dell'art 4 TUSP), del richiamato orientamento della giurisprudenza sulla configurazione di una determinata attività in termini di servizio pubblico in ragione della funzionalizzazione delle esigenze della collettività locale, tenuto conto che in punto di fatto viene riferito che AIMAG non opera nell'attualità mediante affidamenti diretti e che nemmeno l'acquisenda società UHA, è titolare di affidamenti diretti, appare ragionevole affermare che AIMAG possa partecipare alla gara per acquisire UHA e ciò sebbene quest'ultima operi fuori del territorio dei Comuni soci e svolga, unitamente ad attività di servizio pubblico, anche attività economiche.

Anche le attività sul mercato riguardanti il settore dei rifiuti, cioè le attività a valle del servizio di raccolta e trasporto (ad esempio, le attività di trattamento e smaltimento dei rifiuti) possono rientrare, a mio avviso, nelle attività di servizio di interesse economico generale nel caso vi sia da parte dei Comuni la volontà politico-strategica di svolgere tali

PROF. AVV. ANGELO CLARIZIA

attività per la collettività di riferimento.

I Comuni Soci sono chiamati a valutare come strategiche tali attività (rientranti nel cd. "fine pubblico dell'impresa"), motivando con le rispettive deliberazione consiliari il rapporto necessario di tali attività per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (rapporto di strumentalità con il fine pubblico assegnato ad AIMAG); i. In sostanza, è rilevante la motivazione correlata alle finalità di interesse pubblico per cui i soci di AIMAG intendono acquisire UHA e quanto precede dovrà essere esternato nelle delibere di approvazione all'acquisizione di UHA, come previsto dagli artt. 8, 7, comma 1 e 2, e 5 del TUSP.

Prof. Avv. Angelo Clarizia

