

Publicato il 15/02/2021

N. 00414/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01095/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1095 del 2020, proposto da
impresa individuale Idrotech di Corno Irwin Maria, in persona della titolare ed
Eco Term s.r.l.s., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentate e
difese dagli avvocati Antonio Carullo, Giuditta Carullo e Ilaria Battistini, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso
lo studio dell'avvocato Ilaria Battistini in Milano, via Montebello, 24;

contro

Comune di Seregno, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso
dagli avvocati Angelo Clarizia, Paolo Clarizia, Flavio Iacovone, Francesco
Sciaudone e Federico Freni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

nei confronti

Ambiente Energia Brianza s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Paolo Clarizia, Flavio

Iacovone, Francesco Sciaudone e Federico Freni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

A2a s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Crisafulli, Andrea Zoppini, Vincenzo Di Vilio, Giorgio Vercillo e Francesco Puntillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Michele Rizzo in Milano, viale Bianca Maria, 35;

A2a Energia s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione del Consiglio comunale di Seregno n. 17 del 20 aprile 2020, pubblicata sull'Albo pretorio in data 12 maggio 2020, con la quale è stata approvata l'integrazione societaria e industriale tra Ambiente Energia Brianza s.p.a. e A2a s.p.a. e i relativi gruppi aziendali nonché il progetto di scissione parziale di Unareti s.p.a. in Ambiente Energia Brianza s.p.a.;

- di tutti gli allegati documentali approvati con la deliberazione di cui sopra, quali sue parti integranti e sostanziali, e in particolare:

1) dell'accordo quadro sottoscritto in data 27 gennaio 2020 da Ambiente Energia Brianza s.p.a. e Unareti s.p.a. e dei relativi allegati, tra i quali anche il piano strategico e il patto parasociale di A.E.B. s.p.a., descritti nella parte narrativa della deliberazione impugnata;

2) dell'accordo modificativo del suddetto accordo quadro, successivamente sottoscritto da Ambiente Energia Brianza s.p.a. e Unareti s.p.a., di cui alla nota di Ambiente Energia Brianza s.p.a., protocollo comunale n. 0014590/20 del 23 marzo 2020;

3) dell'ulteriore accordo modificativo del suddetto accordo quadro, successivamente sottoscritto da Ambiente Energia Brianza s.p.a. e Unareti s.p.a.,

- allegato sotto la lettera I) e di cui alla nota di Ambiente Energia Brianza s.p.a., protocollo comunale n. 0015967/20 del 10 aprile 2020;
- 4) del patto parasociale di A.E.B. s.p.a., allegato sotto la lettera J) e di cui alla nota di Ambiente Energia Brianza s.p.a., protocollo comunale n. 0015967/20 del 10 aprile 2020, la cui approvazione deve considerarsi assorbente rispetto a quella del patto parasociale di A.E.B. s.p.a., di cui alla documentazione allegata sotto la lettera A);
- 5) del piano industriale congiunto, di cui al documento denominato “Piano Industriale 2020 – 2024”, allegato sotto la lettera C) e di cui alla nota di Ambiente Energia Brianza s.p.a., protocollo comunale n. 0012469/20 del 10 marzo 2020;
- 6) del progetto di scissione, di cui al documento denominato “Progetto comune di scissione parziale di Unareti s.p.a. in Ambiente Energia Brianza s.p.a., siglato sia da Ambiente Energia Brianza s.p.a. quanto da Unareti s.p.a. e di fatto riprodotto l'allegato F dell'accordo quadro, completo dei suoi quattro allegati, tra i quali anche il nuovo statuto di A.E.B. s.p.a., descritti nella parte narrativa della deliberazione impugnata;
- 7) delle note di Ambiente Energia Brianza s.p.a. n. 0014432/20 e n. 0014433/00 del 20 marzo 2020;
- 8) della relazione illustrativa del consiglio di amministrazione di Ambiente Energia Brianza s.p.a., redatta ai sensi dell'articolo 2506-ter del codice civile in merito alla scissione parziale di Unareti s.p.a. nella Ambiente Energia Brianza s.p.a., allegata sotto la lettera E) e di cui alla nota di Ambiente Energia Brianza s.p.a. n. 0014431/20 del 20 marzo 2020;
- 9) della relazione redatta, ai sensi degli articoli 2501-sexies e 2506-ter del codice civile, dal professor Enrico Cotta Ramusino, esperto nominato dal Tribunale di Milano, allegata sotto la lettera F) e di cui alla nota di Ambiente Energia Brianza s.p.a. n. 0014431/20 del 20 marzo 2020;

10) degli accordi modificativi successivamente sottoscritti e del patto parasociale di A.E.B. s.p.a., nella versione dalla stessa trasmessa, recante il numero di protocollo comunale 0015967/20 del 10 aprile 2020;

- nonché di ogni atto connesso, presupposto e consequenziale agli atti di cui sopra.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Seregno, della società Ambiente Energia Brianza p.a. e della società A2a p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020 la dott.ssa Rosanna Perilli e uditi nella discussione, effettuata da remoto mediante la piattaforma *Microsoft-Teams*, i difensori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Ambiente Energia Brianza s.p.a. (d'ora in avanti solo A.E.B. s.p.a.) è una società *multiutility* industriale a totale partecipazione pubblica, operante in diversi settori, tra i quali quelli della distribuzione e della vendita del gas, dell'energia elettrica e del calore; essa gestisce, per il tramite di società pubbliche dalla stessa controllate, servizi economici di interesse generale, secondo il modulo dell'affidamento diretto dell'*in house providing*, in favore dei Comuni soci, tra i quali il Comune di Seregno che detiene il 54,859% del capitale sociale.

La A2a s.p.a. è una società *multiutility* quotata in borsa, prevalentemente operante nei medesimi settori di mercato, il cui capitale è detenuto per la metà dai Comuni di Milano e di Brescia e per la metà da soci e investitori privati; essa gestisce, per il tramite di società dalla stessa controllate, servizi economici di interesse generale, secondo il modulo dell'affidamento diretto a società miste, previo esperimento della gara per la scelta del socio privato.

In data 15 ottobre 2019 la A2a s.p.a. ha presentato alla A.E.B. s.p.a. una proposta per un'aggregazione industriale dei due gruppi dalle stesse capeggiati, alla quale, in data 17 ottobre 2017, ha fatto seguito una manifestazione di interesse per un progetto di aggregazione industriale, approvato dal consiglio di amministrazione di A.E.B. s.p.a. ed inviato in data 27 gennaio 2020 al Comune di Seregno, da realizzarsi mediante:

- a) il trasferimento da parte di A2a s.p.a. dell'intero capitale sociale della società controllata A2a Illuminazione pubblica a r.l. (d'ora in avanti A2a Ip s.r.l.) nell'altra società controllata Unareti s.p.a.;
- b) la scissione parziale del ramo di azienda della distribuzione del gas da Unareti s.p.a. e il suo conferimento nella A.E.B. s.p.a.;
- c) il conferimento in natura, da parte della A.E.B. s.p.a., dei punti di riconsegna della distribuzione del gas naturale, acquisiti dalla scissione parziale del ramo di azienda della Unareti s.p.a, nella sua società controllata Reti Più p.a..

Con integrazione del 10 aprile 2020 la A.E.B. s.p.a. ha altresì comunicato al Comune di Seregno:

- d) la suddivisione, all'esito della riparametrazione del valore unitario delle azioni ordinarie, del proprio capitale sociale in due categorie di azioni, di cui quelle di categoria A, da assegnare ai soci, e quelle di categoria B, da assegnare al nuovo socio A2a s.p.a.;
- e) la modificazione dell'entità soggettiva delle partecipazioni e dei relativi poteri di controllo, pari al 36,472% per il Comune di Seregno e al 33,517% per A2a s.p.a.;
- f) la versione definitiva dell'accordo quadro sottoscritto tra A.E.B. s.p.a. ed Unareti s.p.a. e del patto parasociale tra A2a s.p.a. ed il Comune di Seregno, con il quale si stabilisce, tra l'altro, che:
 - 1) i componenti del consiglio di amministrazione sono designati per la metà da A2a s.p.a. e per la metà dal Comune di Seregno;

2) l'amministratore delegato è designato da A2a s.p.a, previa consultazione con il Comune di Seregno;

3) la A.E.B. s.p.a. e le società da questa controllate sono sottoposte all'attività di direzione e di coordinamento di A2a s.p.a..

Con deliberazione consiliare n. 17 del 20 aprile 2020, il Comune di Seregno ha approvato la predetta operazione di <<integrazione societaria e industriale>> tra i gruppi A.E.B. s.p.a. ed A2a s.p.a. e tutti i relativi accordi regolatori.

1.1. Con ricorso notificato il 23 giugno 2020, depositato il 26 giugno 2020, le imprese ricorrenti hanno domandato l'annullamento della deliberazione del Consiglio comunale di Seregno n. 17 del 20 aprile 2020 e dei relativi allegati, per i motivi di seguito specificati.

1.1.1. Con il primo motivo di ricorso hanno eccepito la violazione delle normative di settore nonché l'illogicità e la contraddittorietà della scelta effettuata dal Comune di Seregno di modificare la propria partecipazione azionaria nella A.E.B. s.p.a., nonché lo sviamento di potere e la violazione del principio di parità di trattamento.

Secondo parte ricorrente l'operazione di <<integrazione societaria e industriale>> in oggetto si risolverebbe in una sostanziale cessione delle partecipazioni sociali da parte di una pubblica amministrazione, la quale, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, deve seguire il procedimento di evidenza pubblica: la predetta operazione avrebbe infatti determinato la trasformazione della A.E.B. s.p.a. da società interamente pubblica a società mista, mediante l'apertura del capitale sociale alla partecipazione di soci privati, per cui il procedimento di evidenza pubblica avrebbe dovuto essere applicato anche per la scelta del socio industriale, in virtù dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Parte ricorrente ha infine censurato l'eccezionalità delle ragioni addotte dal Comune di Seregno per giustificare il mancato ricorso al procedimento di

evidenza pubblica, le quali si compendiano nella operatività dei due gruppi industriali in settori omogenei e in ambiti territoriali contigui, nella complementarietà dei servizi offerti e nel vantaggio che le comunità territoriali ritrarrebbero dall'operazione di aggregazione industriale in termini di crescita e di competitività della A.E.B. s.p.a.; il Comune di Seregno avrebbe pertanto erroneamente qualificato come infungibile l'operazione di <<integrazione societaria e industriale>>, dal momento che nel mercato di riferimento e nei territori vicini operano altri operatori economici potenzialmente interessati a formulare un'offerta competitiva con conseguente messa in competizione della valorizzazione della partecipazione da acquisire.

1.1.2. Con il secondo motivo di ricorso hanno eccepito lo sviamento di potere sotteso all'operazione in oggetto, siccome elusiva anche delle regole che disciplinano l'affidamento dei servizi ai soggetti privati, con particolare riferimento al controllo dagli stessi esercitato sulla gestione di servizi economici di rilevanza generale, già affidati a società interamente pubbliche.

1.2. Hanno resistito al ricorso il Comune di Seregno e le società A.E.B. s.p.a. ed A2a s.p.a., i quali hanno formulato le seguenti eccezioni preliminari:

- a) di inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione delle imprese ricorrenti, le quali non avrebbero dimostrato la condizione legittimante di operatori economici appartenenti al medesimo settore al quale appartengono le società interessate dall'operazione di integrazione industriale, ovvero al quello delle *multiutility*;
- b) di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse delle imprese ricorrenti, le quali non ritrarrebbero alcuna utilità dall'annullamento della deliberazione consiliare impugnata, in quanto non potrebbero offrire alla A.E.B. s.p.a. i medesimi vantaggi competitivi proposti dalla A2a s.p.a.;
- c) di inammissibilità del ricorso proposto collettivamente da più soggetti, in assenza della specificazione delle posizioni sostanziali degli stessi e della

comprova del requisito negativo dell'assenza del conflitto di interessi tra le stesse.

1.2.1. Quanto al primo motivo di ricorso, parte resistente e le società controinteressate sostengono che l'operazione di <<integrazione societaria e industriale>> tra gruppi non configurerebbe né un'ipotesi di cessione delle quote di partecipazione societaria né una fattispecie di **partenariato** pubblico-privato istituzionale, per cui non vi sarebbero ragioni per applicare alla stessa il procedimento di evidenza pubblica imposto dall'articolo 17, comma 1, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175.

Parte resistente e le società controinteressate deducono inoltre che l'operazione di <<integrazione societaria e industriale>> tra i gruppi A.E.B. s.p.a. e A2a s.p.a. è caratterizzata da un'assoluta infungibilità, in quanto A2a s.p.a. sarebbe l'unico operatore economico del mercato delle *multiutility* ad aver dimostrato un concreto interesse all'aggregazione societaria, mediante la formulazione di una proposta di sviluppo, altrimenti non ritraibile dal confronto competitivo.

1.2.2. Quanto al secondo motivo di ricorso, parte resistente e le società controinteressate sostengono che, in seguito all'operazione di <<integrazione societaria e industriale>>, in particolare attraverso gli strumenti degli accordi quadro e dei patti parasociali, verrebbe comunque salvaguardata la maggioranza pubblica del capitale sociale di A.E.B. s.p.a. e preservato il ruolo determinante dei soci pubblici nelle decisioni strategiche di maggiore impatto sul territorio.

1.3. Alla camera di consiglio del 15 luglio 2020 parte ricorrente ha chiesto il rinvio della decisione della domanda cautelare contestualmente alla decisione sul merito del giudizio.

1.4. In vista della trattazione del merito del giudizio, parte ricorrente e il Comune di Seregno hanno depositato documenti, memorie e repliche; le società A2a p.a. e A.E.B. p.a. hanno depositato memorie e repliche.

1.5. Alla camera di consiglio del 2 dicembre 2012 la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

2. Il Collegio deve affrontare con priorità le eccezioni preliminari sollevate dal Comune di Seregno e dalle società controinteressate

2.1. L'eccezione di inammissibilità del ricorso collettivo deve essere disattesa, in quanto lo stesso è stato validamente proposto dall'impresa individuale Idrotech di Corno Irwin Maria e dalla società Eco Term a r.l.s., entrambe operanti nel settore della distribuzione del gas.

Secondo un costante orientamento giurisprudenziale, il ricorso collettivo può essere proposto da una pluralità di soggetti, in presenza della condizione positiva dell'omogeneità delle loro situazioni sostanziali e processuali e della condizione negativa dell'assenza di conflitto di interessi, ove le domande proposte abbiano il medesimo oggetto e vengano formulati identici motivi di ricorso avverso il medesimo atto (Consiglio di Stato, sezione III, 18 settembre 2019, n. 6215).

Osserva il Collegio che le imprese ricorrenti costituiscono una parte unica, sia pure soggettivamente complessa, dal momento che esse, per evidenti ragioni di economia processuale, celerità e coerenza, con un unico ricorso hanno domandato l'annullamento di un unico atto, hanno formulato le medesime censure ed hanno lamentato il medesimo effetto pregiudizievole sulle loro situazioni soggettive, sostanzialmente assimilate dall'appartenenza al medesimo segmento di mercato, derivante dal mancato rispetto del principio di concorrenza.

Per tale ragione non si può ritenere che le stesse si pongano in una posizione di potenziale conflitto di interessi perché l'interesse alla realizzazione del principio di concorrenza, come sarà meglio specificato al punto successivo, accomuna e non contrappone gli operatori economici del mercato di riferimento.

2.2. Anche le censure relative al difetto delle condizioni dell'azione di annullamento proposta dalle imprese ricorrenti devono ritenersi infondate.

Secondo un costante orientamento giurisprudenziale, la legittimazione a far valere in giudizio il vizio radicale della violazione delle regole che presidiano allo sviluppo del principio di concorrenza, deve riconoscersi a maglie larghe in capo a tutti gli operatori economici del settore di mercato interessato, a prescindere dalla dimostrazione di una posizione giuridica differenziata rispetto all'espletamento della specifica procedura di evidenza pubblica (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4; T.a.r. Lombardia, sezione I, 8 giugno 2020, n. 1006).

L'argomento per cui le imprese ricorrenti sarebbero prive di legittimazione, in quanto non potrebbero mai acquistare la partecipazione nella A.E.B. s.p.a., non può essere dunque apprezzato favorevolmente.

Dalle visure camerali prodotte in atti, risulta che la Idrotech di Corno Irwin Maria opera nel ramo della installazione, manutenzione e riparazione degli impianti di produzione, trasformazione e distribuzione dell'energia elettrica e del riscaldamento mentre la Eco Term s.r.l.s. opera nel settore della realizzazione e della progettazione, inclusa la manutenzione e la riparazione di impianti anche di riscaldamento e di climatizzazione, tutti segmenti ricompresi nel servizio della distribuzione del gas naturale, e questo è sufficiente a giustificare la legittimazione ad agire.

Sussiste inoltre anche l'interesse specifico, concreto ed attuale delle imprese ricorrenti alla decisione del presente ricorso, dal momento che le stesse si aspettano di ritrarre dall'annullamento degli atti impugnati un vantaggio concreto, consistente nello svolgimento, secondo le regole della concorrenza, delle future gare per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, sulle quali l'operazione di integrazione societaria potrebbe spiegare potenziali effetti pregiudizievoli.

4. Il Collegio ritiene di dover procedere alla trattazione congiunta dei due motivi del ricorso, in quanto gli stessi presuppongono la soluzione della medesima

questione di diritto relativa alla applicabilità all'operazione societaria in oggetto del procedimento di evidenza pubblica imposto dall'articolo 17, comma 1, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175.

A prescindere dalla denominazione utilizzata dalle parti interessate, è pertanto necessario qualificare la consistenza, la natura e gli effetti dell'operazione di <<integrazione societaria e industriale>> intervenuta tra la A.E.B. s.p.a. e la A2a s.p.a..

In applicazione del principio eurounitario della prevalenza della sostanza sulla forma, occorre indagare quali effetti l'operazione di integrazione societaria e industriale, la quale costituisce uno schema neutro regolato dalle disposizioni contenute nel codice civile, abbia prodotto sul mantenimento e sulla gestione della partecipazione detenuta dal Comune di Seregno nella A.E.B. s.p.a. nonché sulla tutela e sulla promozione della concorrenza e del mercato.

Il Collegio non condivide pertanto l'argomento formalistico, utilizzato dalla difesa della A2a s.p.a., per cui, non essendo espressamente qualificata l'operazione né come costituzione di società, né come acquisto di partecipazioni in società pubbliche da parte di pubbliche amministrazioni, ad essa si applicherebbero esclusivamente la disciplina normativa sulle società contenuta nel codice civile e le norme generali di diritto privato, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175.

Dalla documentazione allegata alla deliberazione consiliare impugnata risulta che la partecipazione azionaria del Comune di Seregno al capitale sociale della A.E.B. s.p.a. è passata dal 54,859% al 36,472%, all'esito di un'operazione di conferimento mediante la quale la A2a s.p.a. ha trasferito un ramo di azienda di una società dalla stessa controllata alla A.E.B. s.p.a. ed ha ricevuto quale corrispettivo una partecipazione al capitale sociale, pari al 33,517%.

Osserva il Collegio che, pur non essendosi verificata una cessione di partecipazioni a fronte di una somma di denaro, è stato comunque corrisposto

dalla A.E.B. s.p.a. alla A2a s.p.a. il corrispettivo per il bene conferito in natura, il quale ha determinato un aumento del capitale sociale, la sua suddivisione in diverse categorie di azioni e la rideterminazione del valore delle stesse in base ad un valore di cambio.

La *ratio* sottesa all'espletamento dell'evidenza pubblica, nella fattispecie della cessione di azioni a fronte del pagamento di un prezzo, consiste nel ritrarre dalla procedura competitiva la massima valorizzazione economica delle azioni cedute.

Il Collegio ritiene che la medesima *ratio* debba ravvisarsi anche nella fattispecie dell'attribuzione della partecipazione societaria mediante conferimenti, nella quale il ricorso alla procedura competitiva è volto a stimolare la valorizzazione economica degli assetti aziendali da conferire e della loro effettiva utilità allo svolgimento dell'attività di impresa ed alla realizzazione del fine pubblico per la quale viene esercitata.

L'attribuzione della partecipazione societaria a fronte del conferimento del ramo di azienda ha consentito l'ingresso nella A.E.B. s.p.a. di un socio industriale di natura mista e dunque di privati investitori, con conseguente mutamento soggettivo delle partecipazioni e dei poteri di gestione ad esse correlati.

La modificazione delle partecipazioni all'interno di A.E.B. s.p.a., secondo il modello della società mista pubblico-privata di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, configura pertanto un modello di **partenariato** pubblico-privato istituzionalizzato, mediante il quale è possibile affidare o, nel caso di specie, mantenere l'affidamento di servizi di interesse economico generale in via diretta, a condizione che siano rispettati i principi di concorrenza e di *par condicio*, nei limiti di un confronto concorrenziale che riguardi almeno la scelta del socio operativo o del socio industriale in grado di esercitare un controllo di fatto sul gestore del servizio.

Tale regola, espressione di un principio generale immanente nell'ordinamento, si presterebbe ad essere agevolmente elusa ove non se ne fornisse

un'interpretazione estensiva anche alle operazioni suscettibili di incidere sugli affidamenti diretti già in corso, disposti originariamente in favore di società a capitale interamente pubblico.

Il Collegio ritiene pertanto che alla fattispecie in oggetto si applichi l'articolo 17, comma 1, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, il quale dispone che <<Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista>>.

Dalla documentazione allegata alla deliberazione consiliare impugnata, risulta che il Comune di Seregno ha perso il controllo della A.E.B. s.p.a., il quale, ai sensi dell'articolo 2359, comma terzo, del codice civile, all'esito dell'operazione di integrazione societaria e industriale in oggetto, è confluito in capo alla A2a s.p.a., in virtù della notevole influenza da questa esercitata sulla A.E.B. s.p.a. e sulle società dalla stessa controllate.

Nessun rilievo spiegano a tal proposito le clausole contenute negli accordi quadro e nei patti parasociali allegati alla deliberazione impugnata, le quali, ai sensi dell'articolo 17, comma 4, lettere a), c) e d), non sono espressamente indicate quali deroghe alla regola dell'evidenza pubblica affermata dal comma 1.

Alla luce delle predette considerazioni, il mancato ricorso alla procedura di evidenza pubblica, lungi dall'essere giustificato dal *nomen iuris* dell'operazione, deve pertanto ritenersi illegittimo.

5. Accertato l'obbligo del ricorso alla procedura di evidenza pubblica, per l'attribuzione alla società conferente di una partecipazione societaria quale corrispettivo per il conferimento di beni in natura alla società conferitaria, il

Collegio ritiene di non poter condividere l'argomento dell'infungibilità dell'operazione di integrazione societaria e industriale, utilizzato dal Comune di Seregno per giustificare la deroga.

Ai sensi dell'articolo 10, comma 2, del decreto legislativo 19 agosto 2019, n. 175, <<L'alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. In casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente>>.

Osserva il Collegio che, proprio in quanto eccezione alla regola dell'evidenza pubblica, l'infungibilità dell'operazione societaria deve essere valutata con particolare rigore ed all'esito di una puntuale indagine di mercato, idonea a dimostrare che l'unica possibilità di sviluppo e di incremento di competitività per la A.E.B. s.p.a. fosse l'integrazione industriale con la A2a s.p.a., in ragione delle peculiari caratteristiche di questa, non replicabili sul mercato di riferimento.

Il requisito dell'infungibilità dell'operazione deve essere pertanto motivato con la dimostrazione non solo dell'elemento positivo della esclusività dei vantaggi economici dalla stessa ritraibili, ma anche dell'elemento negativo della assoluta impossibilità oggettiva di perseguire altrimenti l'interesse pubblico: la massimizzazione dell'utile di impresa non è infatti il fine assoluto dell'impresa pubblica ma deve essere temperato con il fine pubblico da questa perseguito, che è la gestione secondo i principi di economicità e di concorrenza dei servizi economici di rilevanza generale.

Per tale ragione non può ritenersi sufficiente a derogare alla regola dell'evidenza pubblica la mera valutazione della convenienza economica e strategica dell'operazione societaria, ma occorre dimostrare che l'interesse pubblico non

può che essere soddisfatto in via esclusiva dall'unico operatore presente sul mercato di riferimento.

Non possono dunque considerarsi esaustivi i generici argomenti utilizzati dal Comune di Seregno nella deliberazione impugnata, per cui gli obiettivi di sviluppo e di integrazione strutturale tra i gruppi sarebbe <<possibile proprio e solamente in virtù della peculiare continuità delle rispettive aree di operatività>>, del consistente apporto degli *asset* aziendali, dell'importanza delle politiche espansive intraprese e degli investimenti programmati da A2a s.p.a. nei territori contigui nei quali opera, in quanto il Comune di Seregno, in ossequio dei principi di pubblici e di trasparenza, avrebbe dovuto quantomeno esperire un'indagine di mercato per sostenere le circostanze eccezionali che giustificherebbero l'individuazione della A2a s.p.a. come l'unico *partner* industriale interessato all'operazione di integrazione industriale.

Parte ricorrente ha allegato che nel mercato dell'energia elettrica, del gas naturale e del teleriscaldamento esistono altre *multitility* quotate in borsa, con caratteristiche sovrapponibili a quelle di A2a s.p.a., in grado di porre a disposizione i loro *asset* aziendali per promuovere, in condizioni di concorrenza, un'integrazione societaria del tipo di quella approvata, foriera di positivi sviluppi di crescita per le società pubbliche e per le comunità locali di riferimento.

Nessun valore, ai fini dell'applicazione del procedimento di evidenza pubblica, può essere inoltre attribuito alla valutazione di congruità del rapporto di cambio concordato tra le parti, contenuta nella relazione che il professor Cotta Ramusino ha redatto in data 18 marzo 2020, ai sensi degli articoli 2501-sexies e 2506-ter, comma 3, del codice civile, per giustificare l'integrazione societaria mediante fusione, la quale prova esclusivamente la non diseconomicità dell'operazione effettuata.

La motivazione utilizzata dal Comune di Seregno per giustificare il mancato ricorso all'evidenza pubblica deve pertanto ritenersi insufficiente e non

supportata da un'adeguata istruttoria.

6. In conclusione il Collegio deve accogliere entrambi i motivi di ricorso e, per l'effetto, deve essere annullata la deliberazione del Consiglio del Comune di Seregno n. 17 del 20 aprile 2020 ed i relativi allegati.

7. La complessità e la novità della questione trattata giustificano la compensazione integrale tra le parti delle spese di lite del giudizio, in deroga alla regola della soccombenza

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la deliberazione del Consiglio del Comune di Seregno n. 17 del 20 aprile 2020 ed i relativi allegati, nei limiti dell'interesse di parte ricorrente.

Compensa tra le parti le spese di lite del giudizio.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Valentina Santina Mameli, Consigliere

Rosanna Perilli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Rosanna Perilli

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO

