

Pubblicato il 04/08/2022

N. 06862/2022REG.PROV.COLL.

N. 08356/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8356 del 2021, proposto da

Comune di Cabiante, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Crisci ed Andrea Barra, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

contro

Ufficio d'ambito della Città metropolitana di Milano, nonché Cap Holding s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Maria Cristina Colombo e Giovanni Crisostomo Sciacca, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via di Porta Pinciana, 6; Città metropolitana di Milano, Provincia di Como, Ufficio d'ambito della Provincia di Como, Brianza Acque s.r.l. e Società Como Acqua s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 1213/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Cap Holding s.p.a. e dell'Ufficio d'ambito della Città metropolitana di Milano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2022 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Crisci, Barra e Colombo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Cap Holding s.p.a., a capitale interamente pubblico nonché gestore unico del Servizio idrico integrato nell'ambito territoriale ottimale della Città metropolitana di Milano, impugnava innanzi al Tribunale amministrativo della Lombardia il provvedimento con cui il Comune di Cabiato, ricadente nell'ambito territoriale ottimale della Provincia di Como, aveva dichiarato la propria intenzione di dismettere la propria partecipazione al capitale sociale della ricorrente, in base a quanto previsto nell'art. 20, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 175 del 2016, in base al quale devono essere alienate le partecipazioni relative a *“società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali”*, ritenendo la stessa ormai ingiustificata, essendo i relativi servizi offerti anche dal gestore unico del servizio idrico integrato nell'ATO Como.

Con successivi motivi aggiunti, Cap Holding impugnava altresì gli atti della gara avviata dal

Comune di Cabiato per la cessione delle predette partecipazioni azionarie ed il conseguente recesso societario, riproponendo in entrambi i casi i vizi già dedotti nel ricorso principale.

Il Comune di Cabiato e l'Ufficio d'ambito della Città metropolitana di Milano si costituivano in giudizio, insistendo il primo per il rigetto dei ricorsi e la seconda per il loro accoglimento.

Con sentenza 19 maggio 2021, n. 1213, il giudice adito accoglieva il ricorso ed i motivi aggiunti, sul presupposto che la scelta del modello gestionale ed organizzativo del servizio idrico integrato – contenuta nel piano d'ambito – fosse interamente riservata, ex art. 149 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, alla discrezionalità degli enti di governo dell'ambito suddetto, e dunque sottratta *ope legis* agli enti locali beneficiari, i quali non avrebbero pertanto potuto effettuare delle scelte autonome con essa contrastanti.

In particolare, sul presupposto che la dismissione della partecipazione in una società (*in house*) creata per lo svolgimento del servizio idrico integrato in favore dei Comuni dell'ambito di riferimento sarebbe stata a priori idonea a destabilizzare l'unicità della gestione dell'organizzazione del predetto servizio, il TAR concludeva che sarebbe stata comunque preclusa all'ente locale l'alienazione della propria quota partecipativa, quand'anche irrisoria.

Avverso tale decisione il Comune di Cabiato interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

- 1) *Erroneità della sentenza del TAR, per violazione dell'art. 143, comma 1, lett. a) R.D. 11 dicembre 1993, n. 1775 ed erronea statuizione in ordine al riparto di giurisdizione.*
- 2) *Erroneità della sentenza del TAR, per mancata declaratoria di inammissibilità del ricorso.*
- 3) *Erroneità della sentenza del TAR per violazione dell'art. 112 c.p.c., per violazione dell'art. 4 e 20 D.Lgs. 175/2015 e per errata interpretazione degli accordi di interambito.*

4) *Erroneità della sentenza del TAR, per violazione degli artt. 147 e 149-bis D.Lgs. 152/06 e dell'articolo 47, comma 2, della legge della Regione Lombardia 12 dicembre 2003, n. 26, irragionevolezza ed errata interpretazione della deliberazione n. 63 del 7 novembre 2017 dell'ATO Como.*

Si costituiva in giudizio Cap Holding s.p.a., concludendo per l'infondatezza dell'appello.

Anche l'Ufficio d'ambito della Città metropolitana di Milano si costituiva, del pari contestando le richieste dell'appellante e chiedendone il rigetto.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 12 maggio 2022 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello viene riproposta la questione, già oggetto di specifica censura nel precedente grado di giudizio, del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore vuoi di quello ordinario vuoi, sotto un diverso profilo, del Tribunale superiore delle acque pubbliche, in presunta applicazione dell'art. 143, comma primo, lett. a) del r.d. 11 dicembre 1993, n. 1775.

Ciò in quanto l'impugnativa a suo tempo proposta da Cap Holding avrebbe avuto per oggetto le deliberazioni con le quali l'amministrazione comunale aveva revocato la propria adesione alla società deputata alla gestione del servizio idrico integrato, revoca che indubbiamente avrebbe inciso sulla organizzazione e gestione del servizio idrico integrato (il quale, ai sensi dell'art. 149-bis del d.lgs. n. 152 del 2006, è finalizzato a garantire la gestione in termini di efficienza e di economicità), venendo quindi ad incidere, direttamente, sul regime delle acque pubbliche e sul loro utilizzo. Il motivo non è fondato, attenendo la controversia – quanto a *petitum* e *causa petendi* – alla possibilità (o meno) per l'ente comunale di procedere all'alienazione di quote di

partecipazione ad una società *in house* deputata alla gestione del servizio idrico integrato, non già la gestione del patrimonio idrico.

Va al riguardo data continuità, *in primis*, all'indirizzo (*ex multis* Cons. Stato, V, 22 giugno 2020, n. 3969) secondo cui “*spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto l'attività unilaterale prodromica alla vicenda societaria, considerata dal legislatore di natura pubblicistica, con la quale un ente pubblico delibera di costituire una società o di parteciparvi o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima o di interferire, nei casi previsti dalla legge, nella vita della stessa. Sono, invece, attribuite alla giurisdizione ordinaria le controversie aventi ad oggetto gli atti societari a valle della scelta di utilizzo del modello societario, i quali restano interamente soggetti alle regole del diritto commerciale proprie del modello recepito [...]*” (in termini già Cons. Stato, V, 12 dicembre 2018, n. 7030).

Ciò detto, è del tutto evidente la natura di provvedimento discrezionale (ancorché di natura tecnica), adottato da una pubblica amministrazione all'esito di un preciso *iter* procedimentale, della delibera 22 novembre 2019, n. 39 del Comune di Cabiato, con la quale l'ente territoriale manifestava, alla luce di una complessiva ponderazione degli interessi coinvolti, la volontà di dismettere la propria partecipazione societaria in Cap Holding s.p.a.

Correttamente, dunque, la sentenza impugnata evidenziava come gli stessi artt. 20, comma primo, e 24, comma primo, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, posti dall'amministrazione “*a fondamento dei provvedimenti impugnati, attribuiscono espressamente natura provvedimento ai piani di razionalizzazione ed agli atti di ricognizione delle partecipazioni pubbliche, in quanto espressione di un potere autoritativo, da cui discende la loro sottoposizione al sindacato del giudice amministrativo*”.

Quanto poi alla ulteriormente dedotta giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche, la stessa va esclusa sul presupposto – qui ribadito – che gli atti

controversi non hanno alcun impatto diretto, né immediato sull'esercizio delle opere pubbliche, né sull'uso o sul regime delle acque pubbliche, né sul relativo demanio.

Con il secondo motivo di appello la sentenza impugnata viene invece censurata per aver respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso – a suo tempo mossa dal Comune – per mancata tempestiva impugnazione degli atti pregressi in cui era stata deliberata la volontà discrezionale di sciogliersi dal vincolo societario; in ispecie, la scelta di procedere ad una futura dismissione della partecipazione in Cap Holding s.p.a. sarebbe già stata contenuta nella delibera consiliare n. 30 del 2017, sì che il successivo provvedimento impugnato in via principale avrebbe in realtà avuto natura meramente ricognitiva e confermativa di scelte discrezionali già da tempo operate.

Le suddette scelte avrebbero pertanto dovuto essere impuginate fin dal momento della loro adozione, circostanza però non verificatasi nel caso in esame.

Neppure questo motivo può essere accolto, alla luce degli atti di causa, non essendo condivisibile il presupposto per cui il provvedimento impugnato – con il quale l'amministrazione comunale aveva definitivamente scelto di dismettere la partecipazione societaria – avrebbe avuto natura meramente ricognitiva e non già autoritativa.

In effetti le deliberazioni richiamate dal Comune appellante – a suo tempo non impuginate da Cap Holding s.p.a. – lungi dal determinare lo scioglimento del rapporto societario di cui si discute, in realtà stabilivano esattamente l'opposto, ossia di mantenere la partecipazione in Cap Holding s.p.a., in ragione dei risultati positivi della gestione, rinviando ogni valutazione su un'eventuale dismissione ad eventuali future determinazioni.

Tali provvedimenti, quindi, non avevano un contenuto direttamente lesivo della sfera giuridica della società partecipata, tale da giustificare la loro eventuale impugnazione innanzi al giudice amministrativo.

Così risolte le questioni pregiudiziali di carattere processuale, ritiene il Collegio di dover trattare congiuntamente gli ulteriori motivi di doglianza, attinenti al merito della controversia, in ragione della loro logica complementarità.

Con il terzo motivo di appello, in particolare, viene contestato – in quanto asseritamente errato e contraddittorio – il capo della sentenza di primo grado, nel quale si argomenta che il Comune di Cabiato “*avrebbe [...] dovuto dar conto delle specifiche ragioni per le quali riteneva che la produzione del segmento di servizio di depurazione non fosse strettamente necessaria per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, come richiesto dall’articolo 4, comma 1, o lo stesso potesse essere altrimenti reso, a condizioni ritenute coerenti con gli obiettivi di interesse generale, dal gestore unico del servizio idrico integrato Como Acqua s.r.l.*”.

Il TAR, evidenzia l’appellante, aveva già dovuto prendere atto di come la partecipazione del Comune a Cap Holding s.p.a. fosse del tutto discrezionale, in ragione di quanto previsto dall’art. 4 del d.lgs. n. 175 del 2016.

Deduce l’appellante che il provvedimento in questione era stato invece adottato all’esito di una lunga ed articolata istruttoria, senza essersi limitata l’amministrazione ad automatismi di sorte, non avendo in particolare mai sostenuto la sussistenza di un obbligo incondizionato di dismissione delle quote partecipative in Cap Holding s.p.a., bensì solamente la necessità di avviare il procedimento di revisione periodica delle stesse, ai sensi dell’art. 20 d.lgs. n. 175 del 2016.

In ogni caso, l’orientamento seguito nel corso del tempo dal legislatore (almeno a decorrere dalla legge n. 244 del 24 dicembre 2007 - Finanziaria 2008) andrebbe in senso opposto a quanto argomentato dal TAR, potendosi individuare ormai quale regola generale quella di imporre la dismissione delle quote possedute dagli enti locali, fatte salve le ipotesi eccezionali all’uopo rimesse alle scelte facoltative della pubblica amministrazione.

La sentenza impugnata, secondo l’appellante, meriterebbe in ogni caso di essere riformata, in quanto frutto di un erroneo scrutinio della situazione di fatto, non

avendo tenuto conto dell'accordo, stipulato in data 14 settembre 2020, tra l'Ufficio d'ambito di Como, l'Ufficio d'ambito della Città metropolitana di Milano, Como Acqua s.r.l. e Cap Holding s.p.a. per la gestione del Sistema idrico integrato nella zona di interambito denominata "Mariano-Cabiate", in ragione del quale Cap Holding svolge la propria attività di grossista.

Secondo il TAR, tale circostanza avrebbe imposto al Comune di Cabiate di articolare un'accurata istruttoria per porre in evidenza i motivi per cui la partecipazione in Cap Holding s.p.a. non sarebbe più stata strettamente necessaria per il perseguimento dei propri scopi istituzionali, laddove dall'attenta lettura dell'art. 3 dell'accordo di interambito avrebbero dovuto trarsi conclusioni del tutto diverse.

Tale disposizione, infatti, prevedeva che "*Cap Holding [...] opererà come anche come soggetto grossista nelle zone di inter-ambito di cui all'art. 2 [...] a favore dei Comuni soci*", laddove tale locuzione doveva intendersi riferita non ai soci di Cap Holding s.p.a., bensì al rapporto sociale che lega i Comuni di Cabiate e Mariano Comense a Como Acqua s.r.l.

Prova ne sarebbe che il Comune di Mariano Comense, pur non partecipando al capitale di Cap Holding, purtuttavia ancora attualmente fruirebbe dei servizi erogati da quest'ultima.

Ne discenderebbe, a rigor di logica, che poter fruire dei servizi di depurazione erogati da Cap Holding s.p.a. non era necessario partecipare al suo capitale sociale, conclusione che troverebbe conferma anche nel dato normativo, ponendo l'art. 147 del d.lgs. n. 152 del 2006 un obbligo di partecipazione all'*in house* soltanto in capo agli enti locali ricadenti nel perimetro dell'ambito territoriale ottimale (cd. ATO), laddove nel caso di specie verrebbe in questione il diverso istituto dell'interambito (art. 47, comma 2, l.r. n. 26 del 2006), che non prevede alcuna modifica della perimetrazione degli ATO, ma solo una specifica attività "*d'intesa*" alla programmazione e tariffazione.

In estrema sintesi, poiché l'individuazione dell'interambito impone ai due (o più) enti di gestione interessati di accordarsi per agire d'intesa, senza che ciò comporti una qualche alterazione dei territori individuati nei rispettivi ATO, ne consegue che i singoli Comuni continuerebbero ad essere obbligati a partecipare ai soli enti di gestione riferiti all'ATO entro cui il territorio comunale rientra e non ad altri.

Con il quarto motivo di appello, quindi, la sentenza di primo grado viene censurata per aver sostanzialmente ritenuto – nell'ordine – che il mantenimento della partecipazione in Cap Holding s.p.a. sarebbe titolo necessario per l'erogazione del servizio, che l'art. 149 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, riserverebbe alla discrezionalità degli ATO ogni decisione in materia, sottraendola agli enti locali che ne beneficiano e che la dismissione della partecipazione azionaria del Comune nella società *in house* verrebbe ad incidere in maniera significativa sull'affidamento diretto del servizio idrico integrato, per come disciplinato dal combinato disposto degli artt. 16 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 e 149-*bis*, comma 1, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, nonché sulla regolazione convenzionale degli obblighi di servizio e di tutti gli aspetti della gestione, finendo per mettere in crisi sia lo svolgimento dell'attività imprenditoriale che le garanzie di universalità del servizio.

In realtà, deduce l'appellante, l'impianto motivazionale della sentenza viene a cadere nel momento in cui si prende atto che la partecipazione a Cap Holding s.p.a. non costituisce titolo per l'erogazione del servizio.

Ritiene il Collegio che le ragioni di doglianza del Comune di Cabiato possono trovare, nel loro complesso, positivo accoglimento.

Va in primo luogo escluso che nel caso di specie operi una regola di incedibilità a priori delle azioni detenute dagli enti locali partecipanti al capitale sociale di Cap Holding s.p.a., ciò essendo smentito dall'art. 11 dello Statuto di Cap Holding s.p.a., che disciplina appunto le modalità (ed i limiti) di un eventuale trasferimento delle azioni nonché i diritti di prelazione ad esse correlati.

Premesso quanto sopra, deve altresì escludersi, alla luce delle risultanze di causa, il presupposto su cui si fonda la sentenza impugnata, ossia che la scelta del Comune di procedere alla dismissione della propria partecipazione al capitale di Cap Holding non fosse stata adeguatamente motivata.

Invero, rilevato che la scelta presa dall'amministrazione aveva carattere facoltativo e, come tale, muoveva da valutazioni di eminente natura tecnico-discrezionale, giusta quanto disposto dall'art. 4, commi 1 e 2, lett. a) del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, non può ritenersi che la stessa fosse carente sotto il profilo della motivazione, sia in ordine ai presupposti normativi e fattuali nei quali andava contestualizzata, sia in merito all'individuazione dell'interesse pubblico oggetto di tutela che al suo bilanciamento con gli eventuali interessi contrapposti.

Si legge, nelle premesse del verbale di deliberazione consiliare n. 39 del 2019 (recante appunto la *“Revisione periodica delle partecipazioni ex art. 20 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175”*), che *“nel corso del 2018 è partito operativamente il processo di Como Acqua per cui viene meno allo stato attuale la partecipazione in Cap Holding e Lario Reti in quanto svolgono un oggetto analogo per cui il Testo Unico stabilisce che qualora un'altra società fa la stessa cosa, bisogna iniziare il processo di razionalizzazione di queste azioni, di queste partecipazioni e - anche se si riferisce al 2018 - con questa delibera il Consiglio Comunale dà mandato di iniziare la razionalizzazione a titolo oneroso delle partecipazioni in Lario Reti e in Cap Holding”*; quindi, *“rilevato che per effetto dell'art. 24 T.U.S.P., entro il 30 settembre 2017 il Comune ha effettuato una revisione straordinaria di tutte le partecipazioni dallo stesso possedute alla data del 23 settembre 2016, individuando quelle che dovevano essere alienate, con deliberazione del Consiglio Comunale n. 30 del 27/09/2017 Ad oggetto: «Revisione straordinaria delle partecipazioni ex art. 24, d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175 come modificato dal Decreto Legislativo 16 giugno 2017, n. 100 - Ricognizione partecipazioni possedute – Individuazione partecipazioni da alienare - Determinazioni per l'alienazione»*, l'amministrazione individuava le partecipazioni da alienare *“perseguendo, al contempo, la migliore efficienza, la più elevata razionalità, la massima*

riduzione della spesa pubblica e la più adeguata cura degli interessi della comunità e del territorio amministrati?”, tenuto conto che nel frattempo *“la società Como Acqua Srl è diventata, il Gestore Unico del sistema del servizio idrico integrato della provincia di Como”*.

L’alienazione delle azioni di Cap Holding s.p.a. (e di Lario Reti Holding s.p.a.) veniva quindi giustificata con il fatto che si trattava di *“Società con oggetto analogo o simile ad altri organismi partecipati dall’Ente”*, dovendosi procedere *“mediante offerta in prelazione ai Soci come previsto dall’art.11 dello Statuto Sociale, in subordine alienazione a terzi nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione”*.

Ritiene il Collegio che, ancorché in modo sintetico, la deliberazione esprima con chiarezza le ragioni della scelta di procedere alla dismissione delle azioni di Cap Holding, date dalla necessità – normativamente giustificata, se non imposta – di razionalizzare le partecipazioni sociali possedute, a fronte di potenziali duplicazioni prive di reale utilità (vista anche l’esiguità delle quote possedute), già solo patrimoniale, per l’ente locale. In questi termini può pertanto ritenersi superata la questione – indicata in via interpretativa nella sentenza appellata – di un obbligo di espressamente motivare in ordine all’esigenza di evitare le partecipazioni sovrabbondanti ovvero la duplicazione della spesa pubblica per la realizzazione delle medesime attività.

Non viene per contro dimostrato – bensì confutato proprio dall’eccepita mancata partecipazione a Cap Holding s.p.a. del Comune di Mariano Comense – quanto argomentato nella sentenza di primo grado (che sul punto sembra addirittura contraddirsi, dopo aver riconosciuto la facoltatività della partecipazione alla società gestore del servizio di depurazione) in ordine alla necessità, per l’odierno appellante, di mantenere detta partecipazione azionaria, ancorché percentualmente minima, pena in caso contrario il venir meno del titolo per l’erogazione del servizio e, dunque, della legittimità del suo svolgimento in forma diretta.

Del tutto generiche risultano poi le ulteriori considerazioni secondo cui *“la dismissione della partecipazione in una società istituzionalmente creata per lo svolgimento del servizio idrico integrato in favore dei Comuni dell’ambito di riferimento è infatti idonea a destabilizzare l’unicità della gestione dell’organizzazione del servizio idrico integrato nell’interambito di riferimento”*, ove si consideri, da un lato, che nel caso di specie è lo stesso Statuto di Cap Holding a disciplinare le modalità di detta dismissione – con ciò implicitamente dovendosene riconoscere in ogni caso la praticabilità, non essendo state poste limitazioni sull’an – e, dall’altro, che proprio in ragione della ridotta quota di partecipazione azionaria detenuta dal Comune di Cabiato un tale argomento avrebbe dovuto essere fondato su riscontri oggettivi di carattere concreto.

La sentenza, per contro, si limita ad una petizione di principio, laddove apoditticamente afferma che *“a fronte del perseguimento degli obiettivi imposti dal legislatore alle gestioni d’ambito, quali l’omogeneità della gestione del servizio idrico integrato e la determinazione di regimi tariffari, tali da assicurare la copertura dei costi di esercizio e di investimento, nonché il coordinamento della programmazione degli investimenti secondo le previsioni adottate con il piano d’ambito, nessun valore può essere attribuito alla asserita marginalità della partecipazione del Comune di Cabiato rispetto al capitale sociale della Cap Holding s.p.a.”*.

Alla luce di tali assorbenti rilievi, non risulta pertanto dirimente l’esame delle eccezioni mosse dall’appellante circa la natura o meno di soggetto *in house* di Cap Holding s.p.a.

Conclusivamente, alla luce dei rilievi che precedono l’appello va accolto.

La particolarità delle questioni esaminate e la natura dei soggetti coinvolti giustifica, ad avviso del Collegio, l’integrale compensazione tra le parti delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l’effetto

respingendo, in riforma della sentenza appellata, il ricorso originariamente proposto da Cap Holding s.p.a.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO