

**AS1842 - COMUNE DI TERNI - OPERAZIONE DI AGGREGAZIONE SOCIETARIA E INDUSTRIALE
RIGUARDANTE LA ASM TERNI SPA**

Roma, 3 maggio 2022

Comune di Terni

ASM Terni S.p.A.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 27 aprile 2022, ha ritenuto di svolgere le seguenti osservazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, in relazione alla richiesta di parere trasmessa dal Comune di Terni il 16 febbraio 2022 (successivamente integrata con nuove informazioni giunte in data 15 marzo 2022) ed avente ad oggetto la legittimità della procedura seguita per la prospettata operazione di aggregazione societaria e industriale coinvolgente la sua controllata, ASM Terni S.p.A. (di seguito, ASM o la Società).

ASM è una società detenuta interamente dal Comune di Terni, operante nei settori della produzione e distribuzione dell'energia elettrica, della distribuzione del gas, dell'illuminazione pubblica, dell'ambiente e del ciclo idrico integrato, anche per il tramite di partecipazioni in altre società. La società non opera secondo il modello dell'*in house providing*, in quanto non rispetta il requisito secondo cui oltre l'80% del fatturato deve essere imputabile allo svolgimento di compiti affidati dall'ente pubblico (ex articolo 16, comma 3, D.lgs. n. 175/2016)¹.

ASM intende concludere un accordo con un *partner* industriale privato selezionato con procedura di evidenza pubblica, il quale, attraverso la sottoscrizione di un aumento di capitale, arriverà a detenere fino al 49% del capitale sociale della Società, a fronte di una corrispondente riduzione della partecipazione del Comune fino al 51%. A tal fine, il socio privato conferirà liquidità e *asset*, comprese le partecipazioni in imprese già attive nel territorio provinciale e che contribuiranno allo svolgimento dei servizi di gestione del ciclo integrato dei rifiuti e idrico integrato, incluse le quote di una NewCo costituita *ad hoc* che, al termine dell'operazione, sarà partecipata al 20% da ASM e all'80% dal socio privato. Il socio privato acquisirà in cambio rilevanti poteri di *governance* nella Società, tra cui quello di nominare metà dei membri del consiglio di amministrazione, compresi il vice-presidente e l'amministratore delegato dotato di *casting vote*.

Il Comune di Terni ha chiesto un parere circa il corretto inquadramento giuridico dell'operazione ai sensi del D.lgs. n. 175/2016 (Testo Unico in materia di Società a Partecipazione Pubblica, cd. TUSPP) e, in ultima analisi, in ordine alla legittimità della procedura seguita per la scelta del socio privato ai sensi di tale normativa; nello specifico tale processo è consistito nello svolgimento di una procedura di evidenza pubblica assimilabile alla procedura competitiva con negoziazione ex articolo 62, D.lgs. n. 50/2016². La procedura è in corso di aggiudicazione a una *multiutility* attiva a livello nazionale, compresa l'Umbria, in molti dei settori di attività di ASM.

L'Autorità, alla luce delle informazioni e della documentazione trasmessa dal Comune, ritiene che l'operazione prospettata sia da inquadrare nell'ambito del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato e in particolare come costituzione di una società mista ai sensi dell'articolo 7, comma 5, TUSPP.

¹ [Come rilevato dallo stesso Comune, "ASM non è inquadrabile come società in house in quanto nello statuto sociale è stata configurata come impresa vera e propria (vedi art. 23 dello statuto sociale) e quindi senza che si configuri il controllo analogo; inoltre... non ha alcun affidamento diretto da parte del Comune, ad eccezione della pubblica illuminazione" (cfr. Nota del Comune di Terni prot. N. 0005722 del 14/01/2021). In particolare, il fatturato realizzato da ASM nei confronti del Comune di Terni è relativo: (i) alla attività di pubblica illuminazione, che rappresenta l'unico servizio svolto in regime di affidamento diretto e il cui valore rappresenta l'1% del totale delle attività svolte da ASM; (ii) alla distribuzione del gas naturale, servizio che è stato affidato ad una partecipata di ASM con gara ad evidenza pubblica. Le attività espletate da ASM in materia di gestioni dei rifiuti e servizio idrico integrato sono state invece affidate con gara da parte dell'autorità competente (in particolare, l'Autorità Umbra Rifiuti e Idrico o "AURI") e sono gestite anche per aree territoriali limitrofe a quella del Comune di Terni. Quanto, infine, alla distribuzione di energia elettrica, essa è praticata in base a Concessione trentennale rilasciata ai sensi del D.lgs. n. 79/1999 dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato con D.M. del 03/05/2001.]

² [In particolare, è stato pubblicato un avviso di indizione in forma integrale sul sito di ASM per un periodo di 18 giorni (dal 7 al 25 maggio 2021) e per estratto su 2 quotidiani a diffusione nazionale (il 10 maggio 2021). L'avviso prevedeva la presentazione di una domanda di partecipazione, cui seguiva la presentazione di un'offerta iniziale. Tale offerta sarebbe stata poi oggetto di negoziazione diretta tra ASM e i candidati, al termine della quale questi ultimi erano invitati a formulare l'offerta finale, oggetto di valutazione da parte di una Commissione nominata ad hoc e incaricata di redigere la graduatoria. In caso di presentazione di una sola domanda, ASM si riservava fin dall'avviso la possibilità di negoziare direttamente ogni aspetto dell'offerta. Tra i requisiti richiesti per presentare domanda di partecipazione vi era un patrimonio netto pari ad almeno 240.251.000,00 €, un valore della produzione pari ad almeno 325.778.000,00 €, ed aver operato nel corso del 2020 in almeno 3 dei 6 principali business in cui opera ASM.]

Invero, in ossequio a quanto statuito anche dalla giurisprudenza in materia³, si ritiene che l'operazione debba essere valutata nella sua sostanza, superando qualsiasi approccio formalistico. Ciò permette innanzitutto di escludere che quella in esame sia configurabile alla stregua di una mera operazione societaria regolata unicamente dal diritto privato secondo quanto previsto dall'articolo 1, comma 3, TUSPP⁴: infatti, sebbene non vi sia nel TUSPP una espressa norma dedicata alle operazioni straordinarie coinvolgenti imprese pubbliche, al fine di escludere l'applicabilità del TUSPP occorre considerare se gli effetti sostanziali dell'operazione possano essere ricondotti nell'ambito delle sue previsioni. A questo riguardo le operazioni che contemplano la diluizione di una partecipazione pubblica totalitaria a favore di un soggetto privato sono astrattamente riconducibili sia all'art 10 sia agli artt. 7 e 17 del TUSPP.

Nel caso di specie, tuttavia, non appare applicabile la fattispecie prevista dall'articolo 10 del TUSPP, che fa riferimento alla mera alienazione di partecipazioni da parte del socio pubblico o della società a partecipazione pubblica nel rispetto dei principi di "pubblicità, trasparenza e non discriminazione". Infatti, il socio privato che ASM intende acquisire non si configura come un mero finanziatore della società, ma come un vero e proprio socio operativo, che contribuirà allo svolgimento di tali servizi e influirà sulla *governance* della Società.

Appare viceversa ipotizzabile la creazione di una vera e propria società mista ex articolo 7, comma 5, TUSPP, con l'istituzione di una *partnership* pubblico-privata in materia di gestione del ciclo integrato dei rifiuti e del servizio idrico, che comporta la necessità di espletare una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato ai sensi dell'articolo 5, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016⁵. In simili casi di riduzione della partecipazione pubblica attraverso la sottoscrizione di un aumento di capitale da parte di un socio privato, la giurisprudenza ha inquadrato la fattispecie nell'ambito del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, proprio attraverso la valorizzazione della partecipazione attiva del privato all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e alla gestione della stessa⁶.

Né si ritiene rilevante, al fine di escludere l'inquadramento della nuova entità quale società mista, la circostanza, sostenuta dal Comune, che l'operazione non contempli l'affidamento di alcun servizio contestualmente all'ingresso del socio privato, il quale contribuirebbe esclusivamente allo svolgimento dei servizi già affidati alla Società in base a procedure di evidenza pubblica bandite dalla competente autorità d'ambito. All'uopo, nel 2018, l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), richiamando i principi espressi in materia dalla giurisprudenza amministrativa (in particolare, da Cons. St. n. 8376 e n. 824/2009), ha precisato che la necessità di espletare una procedura a evidenza pubblica per la scelta del socio privato in una società mista ai sensi dell'articolo 5, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016, debba essere intesa in modo estensivo e debba pertanto trovare applicazione anche nelle ipotesi di ingresso di soci privati in una società pubblica che già operi come affidataria di un servizio pubblico in base a contratti sottoscritti in esito a procedure di gara⁷.

La necessità di espletare una procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato potrebbe essere soddisfatta sia tramite lo svolgimento di una gara aperta sia attraverso una procedura competitiva con negoziazione o altra procedura prevista dal D.lgs. n. 50/2016⁸. Rimane eventuale onere del Comune dimostrare nelle sedi opportune la ricorrenza dei requisiti di legge in relazione all'effettiva procedura seguita per la scelta del socio privato.

³ [Secondo Cons. St. n. 6213/2021, "...le operazioni straordinarie che, a vario titolo e in varia forma, coinvolgono società pubbliche, sono di per sé neutre: di tal che ... l'assoggettamento al regime interamente privatistico (ex art. 1, comma 3 TU) o l'intersezione segmentale con la disciplina pubblicistica evidenziale dipende, in concreto, dall'accertamento degli effetti sostanziali perseguiti e divisati" (enfasi aggiunta).]

⁴ [In forza del quale: "Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato".]

⁵ [In particolare, ai sensi dell'art. 5, co. 9, D.lgs. n. 50/2016: "Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica". Come sottolineato da Cons. St. n. 6213/2021 gli effetti di un'operazione che realizzino "...una diluizione della partecipazione pubblica totalitaria in favore di una partnership istituzionale con un soggetto privato, sono, in definitiva, tali da sollecitare l'obbligo di attivare una strumentale procedura selettiva tra i potenziali operatori economici dei settori interessati" (enfasi aggiunta).]

⁶ [Come afferma Cons. St. n. 8376/2009, "In effetti, qualora detto socio non sia un mero finanziatore, ma presenti le caratteristiche di un socio "operativo" o "industriale", allora è indubbio che, attraverso la sua partecipazione al capitale sociale, si realizzi anche un parallelo fenomeno di circolazione dell'affidamento" (enfasi aggiunta).]

⁷ [In particolare, la disposizione si applica anche nell'ipotesi in cui una società mista, ove pure non originariamente tale, apra il proprio capitale all'apporto di un socio privato industriale attraverso un'operazione straordinaria di vendita di quote o di aumento di capitale, cosicché i risultati modificati, per effetto di detta operazione, l'assetto soggettivo della gestione. Dunque, ogniqualvolta - attraverso il ricorso ad operazioni di carattere straordinario destinate a mutare la compagine di una società che abbia ottenuto l'affidamento diretto o tramite gara di un servizio pubblico - si pervenga al risultato di dar vita a una società mista oppure, alternativamente, al risultato di modificare il profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già affidato (mediante l'associazione al capitale e alla gestione di nuove figure imprenditoriali o la sostanziale sostituzione delle imprese originariamente affidatarie), allora si realizza in via derivata anche un diverso affidamento del servizio pubblico" (enfasi aggiunta) (cfr. ANAC Del. n. 172/2018).]

⁸ [Infatti, "nei casi, in cui, in particolare, l'operazione risulti funzionale alla creazione di una società c.d. mista destinata a (realizzare e gestire un'opera ovvero) organizzare e gestire un servizio di interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato (art. 4, lett. c) T.U.), l'operazione dovrà essere progettata in modo tale che: a) per un verso, l'individuazione del soggetto deputato a divenire socio privato della società derivante dalla fusione o scissione avvenga mediante meccanismi di selezione con esperimento di procedure aperte o, nei casi previsti dalla legge, di procedure competitive di negoziazione (arg. ex art. 7, comma 5); b) per altro verso, la quota di partecipazione da assegnare al socio privato non sia inferiore al trenta per cento (arg. ex art. 17, comma 1)" (enfasi aggiunta) (cfr. Cons. St. n. 6213/2021, nello stesso senso Cons. St. n. 6142/2021).]

Per quanto di competenza dell'Autorità, si ritiene che nel caso di specie la procedura seguita dal Comune di Terni e da ASM (cfr. nota 2), seppure non sia stata una gara aperta, abbia comunque garantito un sufficiente livello di trasparenza e pubblicità ai sensi del D.lgs. n. 50/2016. È stato, infatti, sollecitato il mercato attraverso la pubblicazione dell'avviso di indizione della procedura sul sito di ASM e su alcuni quotidiani nazionali; inoltre, ASM, tramite un *advisor* finanziario, ha previamente condotto una verifica dell'interesse del mercato per la *partnership* industriale.

Quanto appena detto, tuttavia, presenta una importante eccezione con riferimento al servizio di illuminazione pubblica nel Comune di Terni, unico servizio pubblico affidato ad ASM direttamente dall'ente pubblico socio⁹ e nonostante ASM, per esplicita ammissione del Comune, non abbia le caratteristiche di società *in house providing*.

Al riguardo si pongono due questioni.

In primo luogo, infatti, qualora la società mista svolga servizi affidati dall'ente pubblico socio si configura l'ipotesi di società mista pubblico-privata contemplata all'articolo 17 del TUSPP, norma che istituisce una serie di vincoli ulteriori rispetto alla mera scelta del socio privato con la procedura di evidenza pubblica contemplata all'articolo 7, comma 5, TUSPP, ovvero: la necessità di una gara cd. "a doppio oggetto", che comprenda anche l'appalto o la concessione affidati, il requisito per cui la partecipazione del socio privato sia pari ad almeno il 30% del capitale sociale¹⁰ e che sia limitata nel tempo al concreto svolgimento dell'appalto o della concessione da parte del socio operativo¹¹. Nel caso del servizio di illuminazione pubblica, dunque, la scelta del socio privato di ASM in base a procedura di evidenza pubblica ai sensi del combinato disposto degli artt. 7, comma 5, TUSPP, e 5, comma 9, D.lgs. n. 50/2016 non appare sufficiente. Infatti, rispetto a tale attività il socio privato, pur non acquisendo compiti operativi, acquisirà di fatto poteri di indirizzo e decisionali su un servizio pubblico affidato dal Comune di Terni in virtù dei generali poteri di *governance* esercitati su ASM e occorrerà pertanto valutare il rispetto degli altri requisiti richiesti dall'articolo 17 del TUSPP.

In secondo luogo, e a prescindere dall'attuazione della prospettata operazione societaria di selezione del *partner* industriale, la mancanza in capo a ASM dei requisiti per essere qualificata come società *in house* rende, in ogni caso, illegittimo l'affidamento diretto del servizio di illuminazione pubblica alla Società. Per costante giurisprudenza¹² e come rilevato in numerosi precedenti dell'Autorità¹³, l'illuminazione pubblica rappresenta un servizio pubblico locale e deve pertanto ritenersi rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 34, comma 21, D.L. 179/2012¹⁴, convertito in legge n. 221/2012, che ha previsto il travolgimento automatico di tutti gli affidamenti non conformi ai requisiti posti dalla normativa europea e non regolarizzati entro la fine del 2013 (termine poi esteso a fine 2014¹⁵).

Si ritiene che il Comune di Terni debba, quindi, procedere quanto prima alla regolarizzazione dell'affidamento del servizio nel rispetto dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali esistenti, ovvero: (i) individuazione di una società con i requisiti per l'affidamento *in house* (diversa, pertanto, da ASM); (ii) affidamento a terzi con gara ai sensi del D.lgs. n. 50/2016; oppure (iii) affidamento ad ASM stessa nella forma della *partnership* pubblico-privata ex articolo 17 TUSPP, nel rispetto di tutti i requisiti previsti da tale norma, sopra elencati.

Rimane impregiudicata ogni futura valutazione dell'operazione dell'ingresso di un socio privato in ASM da parte dell'Autorità in termini di compatibilità con la normativa in materia di concentrazioni di cui alla legge n. 287/90, che non è oggetto del presente parere. È altresì fatto salvo l'obbligo di motivazione analitica dell'atto deliberativo del Comune da trasmettere all'Autorità ai sensi dell'articolo 5, TUSPP, ad esito dell'operazione.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dalla ricezione del presente parere, precisandone i motivi.

⁹ [In particolare in base a contratto di servizio della durata di 46 anni affidato dal 7 gennaio 2004 fino a fine 2050.]

¹⁰ [Come sottolineato da ultimo da Cons. St. n. 2929/2020, al di sotto di tale limite, infatti, si finirebbe per rendere il settore di mercato inappetibile, limitando eccessivamente il rischio economico per il privato, in altre parole ciò: "...realizzerebbe o potrebbe realizzare una situazione di inefficienza del mercato e violerebbe il principio di concorrenza, in quanto consentirebbe ad un socio privato (della costituenda società mista pubblico-privata) di godere ingiustamente dei vantaggi della partecipazione pubblica, dando vita ad una sostanziale rendita di posizione capace di impedire l'accesso proficuo di altri soggetti allo specifico segmento del mercato concernente la stessa attività economica" (enfasi aggiunta). Si consideri in proposito che con tale pronuncia il Consiglio di Stato ha sollevato una questione pregiudiziale attualmente pendente dinanzi alla Corte di Giustizia volta a determinare se sia compatibile con il diritto UE che la valutazione della quota minima di partecipazione del privato a società mista ex art. 17, co. 1, TUSPP, avvenga sulla base della composizione formale/cartolare o se non debba piuttosto tenersi conto anche della partecipazione diretta o indiretta di capitale pubblico all'azionariato del socio privato.]

¹¹ [L'Adunanza Plenaria del Cons. St. n. 1/2008 sottolinea l'importanza per la legittimità concorrenziale delle società miste della previsione di: "...un rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo di affidamento, evitando così che il socio divenga socio stabile".]

¹² [Per tutti, cfr. TAR Brescia 747/2019: "In linea generale, la giurisprudenza amministrativa riconosce pacificamente la natura di servizio pubblico locale (di natura economica) dell'illuminazione pubblica ...trattandosi di attività in cui le prestazioni sono destinate a rendere un'utilità immediatamente percepibile ai singoli o all'utenza complessivamente considerata, che tendenzialmente ne sopporta anche i costi mediante pagamento di apposita tariffa".]

¹³ [Ex multis, si vedano AS1211 e AS1240 del 2015.]

¹⁴ [Secondo cui "Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. ...Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013".]

¹⁵ [Cfr. art. 13, D.L. n. 150/2013, convertito in legge n. 15/2014.]

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli