

Pubblicato il 12/11/2019

N. 07752/2019REG.PROV.COLL.

N. 02295/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 2295 del 2019,
proposto da
Pizzamiglio Andrea s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Sonzogni e
Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in
Roma, via Cicerone, n. 44;

contro

Comune di Bereguardo, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio, in
Roma, via di Ripetta, n. 142;

nei confronti

ASM Pavia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avvocati Francesco Adavastro e Paolo Re, con domicilio eletto presso
lo studio dell'avvocato Alfredo Placidi, in Roma, via Tortolini, n. 30;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Quarta, n. 2746/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bereguardo e della ASM Pavia s.p.a.;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2019 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Stefano Sonzogni, Giovanni Corbyons, Giuseppe Franco Ferrari e Paolo Re;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Pizzamiglio Andrea s.r.l., società operante nel settore dei servizi di igiene urbana, propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia in epigrafe, con cui è stato respinto il suo ricorso per l'annullamento della delibera con cui il Comune di Bereguardo aveva affidato in via diretta alla società *in house* ASM Pavia s.p.a., da esso partecipata insieme ad altri comuni della Provincia di Pavia, il servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani e dei servizi complementari per un settennio, a decorrere dal 1° marzo 2018 (delibera del consiglio comunale del 26 febbraio 2018, n. 9).

2. Il giudice di primo grado ha respinto tutte le censure con cui la società ricorrente aveva dedotto in sintesi che nel caso di specie:

- sarebbero mancanti i requisiti per l'affidamento del servizio secondo il modello dell'*in house providing*, sia con riguardo al "controllo analogo", esercitato dai soci

pubblici in forma congiunta sulla società pluri-partecipata - solo allo 0,01151% dal Comune affidante, a fronte del 95,72628% in mano al Comune di Pavia e del restante capitale polverizzato tra altri 38 Comuni limitrofi al capoluogo provinciale - sia sotto il profilo dell'attività prevalente nei confronti dei medesimi enti pubblici partecipanti, a causa delle partecipazioni della ASM Pavia in altre società, operanti in segmenti di mercato non riconducibili ai servizi pubblici locali;

- sarebbe stata violata la disciplina di legge relativa agli affidamenti *in house* di servizi in rete contenuta nell'art. 3-*bis*, comma 1-*bis*, decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (*recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari*; convertito dalla legge 14 settembre 2011, n. 148);

- non sarebbe stata data dimostrazione dei presupposti di legittimità e convenienza economica per l'affidamento *in house* di un servizio pubblico locale di rilevanza economica, richiesta ai sensi dell'art. 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (*recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*; convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221).

3. Con l'appello l'originaria ricorrente ripropone le censure sollevate in prime cure, a suo avviso erroneamente apprezzate ed ingiustamente respinte dal Tribunale

4. Si sono costituiti in resistenza il Comune di Bereguardo e la controinteressata ASM Pavia.

5. All'udienza pubblica del 17 ottobre 2019, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Devono essere innanzitutto esaminate le eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio, riproposte da ASM Pavia ed imperniate:

- sulla carenza di interesse, derivante dal fatto che l'originaria ricorrente non avrebbe dimostrato di possedere la capacità tecnica necessaria per il svolgere il servizio e sarebbe comunque portatrice di un interesse non determinato;
- sull'assenza di autonoma lesività della impugnata delibera consiliare del 26 febbraio 2018, n. 9, impugnata, perché meramente riproductiva di un modello di gestione del ciclo dei rifiuti già in precedenza adottata dal Comune di Bereguardo, con delibera consiliare del 22 gennaio 2013, n. 3.

Entrambe le eccezioni sono infondate.

1.1. Con riguardo alla prima è sufficiente rilevare che l'interesse ad agire della Pizzamiglio Andrea è quello tipico dell'operatore dello stesso settore economico relativo all'affidamento senza gara impugnato, interessato pertanto - in tale qualità - innanzitutto ad ottenerne l'annullamento per mancanza dei presupposti di deroga propri dell'*in house providing* e poi a concorrere alla regola procedura di affidamento. Si tratta in definitiva dell'interesse legittimo al rispetto della concorrenza di cui è portatore ciascun soggetto imprenditoriale che operi nel segmento di mercato interessato dal contratto pubblico e che è pertanto titolato ad azionare in sede giurisdizionale amministrativa contro gli atti di affidamento senza gara.

1.2. Quanto alla pretesa carenza in capo alla Pizzamiglio Andrea della capacità tecnica per svolgere il servizio, deve rilevarsi che in mancanza di una gara, con predeterminazione dei requisiti di ammissione ad essa, si è in presenza di una mera apodittica a priva di qualsiasi elemento di prova, che invece ai sensi dell'art. 2697, comma 2, cod. civ. chi contesti l'interesse ad agire in giudizio sarebbe onerato a fornire.

1.3. Infondata è l'eccezione di inammissibilità per l'asserita mancata impugnazione della delibera consiliare del Comune di Bereguardo del 22 gennaio 2013, n. 2.

Sul punto è sufficiente osservare che con essa l'amministrazione aveva affidato il medesimo servizio di gestione del ciclo dei rifiuti per un diverso periodo contrattuale, decorrente dal 1° gennaio 2013, laddove la delibera impugnata nel presente giudizio ha ad oggetto un nuovo e diverso contratto, con inizio come sopra accennato dal 1° marzo 2018, sulla base di una rinnovata valutazione dell'amministrazione in ordine ai presupposti di legittimità e convenienza dell'affidamento *in house* dei servizi di igiene urbana nel proprio territorio.

Si tratta di due delibere prive di qualsiasi nesso di presupposizione necessaria e di collegamento, così che non vi era alcuna necessità di impugnazione della predetta delibera consiliare n. 2 del 2013.

2. Passando all'esame del merito dell'appello si osserva quanto segue.

2.1. Con il primo motivo Pizzamiglio ripropone le censure dirette a contestare il requisito del controllo analogo del Comune di Bereguardo nei confronti della controinteressata ASM Pavia, sia pure in forma congiunta con gli altri soci pubblici di quest'ultima, ribadendo che, in virtù del *quorum* deliberativo della maggioranza semplice dell'assemblea dei soci in terza convocazione statutariamente previsto, il socio «*dominante*» Comune di Pavia sarebbe in grado di assumere tutte le decisioni più importanti della ASM Pavia, nei confronti delle quali gli altri Comuni soci non avrebbero alcun potere di opporsi. Secondo l'appellante un'analoga posizione di predominio sarebbe assicurata al Comune di Pavia dalla composizione dell'organo amministrativo, in virtù della riserva a suo favore della nomina di due dei tre componenti del consiglio d'amministrazione della società *in house*, parimenti prevista dai patti statuari della ASM Pavia. Rispetto alla descritta concentrazione nelle mani del Comune di Pavia del potere sulla gestione ordinaria e sulle decisioni strategiche dell'ente partecipato sarebbe pertanto irrilevante il fatto che ciascuna delle altre amministrazioni locali partecipanti mantenga un potere decisionale con riguardo all'affidamento alla ASM Pavia di servizi di proprio interesse.

2.2. Con altro motivo di gravame l'appellante lamenta che il giudice di primo grado non si sarebbe pronunciato sulla dedotta carenza dell'ulteriore requisito dell'*in house providing* consistente nello svolgere l'attività prevalente nei confronti dei soci pubblici partecipanti, per «oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata», ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. b), del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Secondo la Pizzamiglio il limite previsto da tale disposizione non sarebbe raggiunto a causa della partecipazione di controllo della ASM Pavia nella *holding* LGH s.p.a., posta «a capo di numerose società operative che agiscono nel libero mercato sull'intero territorio nazionale», nei confronti dei quali la medesima controinteressata, ora titolare di una quota di capitale pari al 7,95%, esercita il controllo attraverso l'accordo di *partnership* con A2A s.p.a.

2.3. Con il terzo motivo e quarto motivo d'appello sono state riproposte, rispettivamente, le censure di violazione del sopra citato art. 3-*bis*, comma 1-*bis*, d.l. n. 138 del 2011, a causa della mancata approvazione del piano economico asseverato e del mancato accantonamento nel bilancio comunale delle somme corrispondenti agli investimenti nella partecipata ASM Pavia, e di carenza di un'adeguata comparazione tecnica ed economica tra il modello di gestione del servizio pubblico locale *in house* rispetto all'alternativa del ricorso al mercato, ai sensi del parimenti sopra richiamato art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012.

3. Così riassunti i motivi d'appello, è da ritenersi fondato ed assorbente il secondo, con cui la Pizzamiglio sostiene la mancanza del requisito, necessario per configurare l'*in house providing*, dell'attività prevalente dell'ente societario partecipato nei confronti dei soci pubblici affidanti, sulla base del limite di almeno l'80% dell'attività svolta dal primo nei confronti dei soci pubblici, ai sensi del sopra citato art. 5, comma 1, lett. b), del codice dei contratti pubblici. Determinante a tal fine è in effetti la posizione di controllo della ASM Pavia nei confronti della LGH.

3.1. In via preliminare va innanzitutto disattese le eccezioni di inammissibilità del motivo ex art. 104, comma 1, cod. proc. amm., sollevate sia dal Comune di Bereguardo che dalla stessa società controinteressata, sull'assunto che, rispetto alla corrispondente censura sollevata nel ricorso di primo grado, quella formulata in appello ne costituirebbe un radicale mutamento. In contrario va rilevato che già nel ricorso introduttivo del presente contenzioso la Pizzamiglio aveva contestato in modo specifico il requisito dell'attività prevalente in capo alla ASM Pavia proprio in relazione alla «partecipazione del 7,95% del capitale di LGH S.p.A., holding a capo di un ramificato gruppo di svariate società, ora soggetta al controllo di A2A S.p.A., perlopiù attiva in settori estranei al servizio pubblico (vendita di gas ed energia elettrica, realizzazione e gestione di impianti di smaltimento di rifiuti, anche fuori Regione, così come, di impianti di produzione di energia elettrica), come si ricava dalla relazione semestrale al 30.6.2017 (doc. 7)» (I motivo di ricorso, paragrafo 1.3).

Rispetto al motivo di ricorso così formulato la Pizzamiglio ha semplicemente corroborato i propri assunti con il richiamo alla sentenza di questa Sezione del 16 novembre 2018, n. 6459 (su cui ci si soffermerà *infra*), successiva alla sentenza impugnata. Immutati pertanto i fatti costitutivi della censura, l'unico elemento di novità nell'atto di appello è dato da un richiamo giurisprudenziale che evidentemente non dà luogo ad alcuna *mutatio libelli* che si configura quando siano «proposte nuove domande» ovvero quando siano proposti motivi di impugnazione ulteriori rispetto a quelli dedotti nel ricorso di primo grado, per tali dovendosi intendere profili di illegittimità non dedotti in origine (tra le tante e più recenti Cons. Stato, III, 14 gennaio 2019, n. 347, 19 giugno 2018, n. 3742; IV, 7 settembre 2016, n. 3824; V, 17 gennaio 2019, n. 434).

Tanto peraltro trova conferma dalle lettura delle stesse difese svolte dal Comune di Bereguardo e dalla ASM Pavia nel giudizio di primo grado.

Con memoria depositata in data 22 maggio 2018 l'amministrazione ha infatti contestato che le partecipazioni societarie di ASM Pavia siano in grado di fare assumere a quest'ultima una vocazione commerciale antitetica alla tipica strumentalità delle società *in house*, affermando per converso che tali partecipazioni, ivi compresa quella in LGH, sarebbero conformi alla regola generale enunciata dall'art. 4, del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, secondo cui le pubbliche amministrazioni possono detenere partecipazioni in altre società tra l'altro per la *«produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi»* ed inoltre per l'*«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»* [rispettivamente ai sensi delle lettere a e "d]. Dal canto suo, con memoria depositata in pari data ASM Pavia aveva affermato che le proprie partecipazioni *«sono funzionali e sinergiche al miglior perseguimento della missione sociale»*.

Difese di analogo tenore sono state poi svolte dall'amministrazione resistente e dalla controinteressata negli scritti conclusionali nel giudizio di primo grado.

Il Comune di Berguardo ha dedotto che con specifico riguardo alla LGH che quest'ultima *«è operativa nel settore dei servizi pubblici locali (...) e svolge attività strumentale a quella realizzata dalla controinteressata»*; quest'ultima ha invece affermato che il fatturato prodotto dalla LGH non ha *«alcuna incidenza rispetto ai valori di produzione»* della medesima ASM Pavia, la quale ricava invece dalla partecipazione nella prima *«proventi "finanziari" (nel 2017, circa 300.000 Euro (...)) sideralmente inferiori rispetto a quelli erroneamente ricostruiti, con procedimento deduttivo solo suggestivo, dalla ricorrente ("oltre 38 milioni di euro")»*.

4. Nel merito il motivo è fondato.

4.1. In fatto risulta innanzitutto che nell'esercizio 2017, ovvero quello precedente all'anno in cui è stato disposto l'affidamento *in house* oggetto del presente giudizio, la LGH ha realizzato un fatturato consolidato di oltre 500 milioni di euro. Il dato si ricava dalla relazione finanziaria della *holding* prodotta dalla Pizzamiglio Andrea nel giudizio di primo grado (documento prodotto in data 22 maggio 2018, tabella «*dati economici*» a pag. 5, voce «*ricavi netti*», indicati - in migliaia di euro – in € 502.869). Si tratta di un valore di gran lunga superiore a quello della controllante ASM Pavia, il cui corrispondente dato si aggira intorno ai 30 milioni di euro. Più precisamente, dal bilancio relativo allo stesso esercizio 2017, prodotto nel giudizio di primo grado dalla stessa controinteressata (in data 4 ottobre 2018) il valore della produzione si attesta ad € 31.265.550. Anche nel successivo esercizio il fatturato della ASM Pavia si è mantenuto su valori analoghi, come risulta dal bilancio consolidato al 2018 prodotta dall'appellante nel giudizio d'appello: € 32.482.115 (tabella al par. 1, pag. 4).

4.1.1. Da tale documento si ricava ragionevolmente la prova che la LGH è una società del gruppo facente capo all'odierna controinteressata.

Innanzitutto essa figura innanzitutto nella rappresentazione del «*Gruppo Asm Pavia*», posta prima delle relazioni di cui il bilancio si compone, con una partecipazione al 7,80%, insieme alle altre società incluse nel bilancio consolidato della controinteressata, unitamente a ASM Lavori s.r.l. in liquidazione e Technostone s.r.l. in liquidazione (partecipate al 100%), Pavia Acque s.c. a r.l. (partecipata al 19,90%), A2A s.p.a. (partecipata all'1%) e A2E Servizi s.r.l. (partecipata al 35%).

4.1.2. Nella seguente relazione sulla gestione degli amministratori si menziona tra l'altro il fatto che la ASM Pavia «è stata interessata, nel corso degli anni più recenti, in particolare dal 2002, dalle trasformazioni direttamente conseguenti alla liberalizzazione del mercato dei servizi pubblici locali», per effetto delle quali, in particolare sono state

scorporate le attività relative alla distribuzione e vendita del gas «(rami gestionali poi conferiti per sottoscrizione di quota capitale a società del Gruppo L.G.H.)». Si precisa al riguardo che in precedenza la ASM Pavia «gestiva: a) fino al 31.12.2002, la vendita gas metano; b) fino al 16.07.2006 la Distribuzione Gas metano; c) fino al 31.12.2005 l'attività di assistenza post contatore» (§ 3 della relazione: «Principali settori di attività e sedi operative»; pag. 10).

4.1.3. Nell'analisi dei «Rapporti con le Società Controllate» (§ 20.2 della relazione) si fa menzione per un verso della «cessione del 51% della partecipazione detenuta da ASM in Linea Group Holding a A2A S.p.A.», per effetto della quale ASM «detiene attualmente il 7,80% del capitale sociale di Linea Group Holding e una quota inferiore all'1% di A2A S.p.A.»; per altro verso soprattutto che nel 2016 «è stata finalizzata l'operazione di partnership relativa a Linea Group Holding S.p.A. tra A2A S.p.A. e i Soci di LGH, tra cui ASM», nell'ambito della quale è stato pattuito che «decorsi tre anni dall'acquisto del 51% di LGH da parte di A2A venisse avviata una fase di trattative tra i Soci di LGH ed A2A volte a raggiungere un'intesa su termini e condizioni o di una possibile fusione per incorporazione di LGH in A2A, ovvero di un'eventuale prosecuzione della partnership»; tale operazione è stata seguita poi da trattative avviate alla fine del 2018 tra i soci della LGH per la «sottoscrizione di un Accordo Integrativo del Contratto del 2016 che preveda, tra l'altro: - la prosecuzione della partnership quale prefigurata dal Contratto sino al 4 agosto 2021, rispetto alla scadenza del 4 agosto 2019 stabilita nel Contratto». Nel paragrafo concernente i «I fatti di rilievo intervenuti dopo la chiusura dell'esercizio» (§ 26) si dà infine atto che è stata convocata l'assemblea dei soci della ASM Pavia per approvare l'accordo di partnership integrativo, con il quale si dispone innanzitutto la sua prosecuzione «sino (non al 4 agosto 2019, bensì) al 4 agosto 2021, data alla quale potrà essere avviata la procedura di evoluzione della partnership alla stregua del meccanismo delineato dall'art. 22 del Contratto (in sostanza: o fusione o nuova proroga della partnership o vendita/acquisto delle quote LGH)»; ed inoltre «il divieto di cessione delle partecipazioni LGH sino a quando non sia

definito il percorso della evoluzione della partnership e in ogni caso almeno sino al 4 agosto 2021»; e infine la facoltà dei soci della holding «di anticipare al settembre 2020 il processo di fusione di LGH in A2A».

4.1.4. Ad ulteriore supporto di quanto finora rilevato va richiamata l'offerta di A2A in data 9 novembre 2015 per l'acquisizione della maggioranza assoluta in LGH, parimenti prodotta nel giudizio di primo grado (dal Comune di Berguardo).

Nel paragrafo relativo all'«*oggetto dell'operazione*» (§ 1) si prefigura lo scopo di quest'ultima, consistente nello sviluppare con il nuovo socio industriale A2A offerente una «*partnership nell'ottica della Multiutility dei Territori*», con l'obiettivo di rafforzare l'operatività nel settore dei servizi pubblici locali attraverso il miglioramento della qualità di questi ultimi, il conseguimento di economie di scala e di più alti livelli di efficienza aziendale e lo sviluppo di sinergie produttive in un contesto di mercato caratterizzato dalla crescente competizione e dal progresso tecnologico, la salvaguardia dei livelli occupazionali, in modo da assicurare agli azionisti «*maggiori dividendi*» (§ 1.2.1) derivante dalla presenza di un «*operatore integrato sul territorio Lombardo*» (§ 1.2.2).

Dopo avere quindi definito prezzo e modalità di cessione della partecipazione di maggioranza, l'offerta riserva una parte ai patti parasociali con cui è stata definita la struttura di *governance* di LGH in conseguenza dell'ingresso nell'azionariato del nuovo socio (§ 4.2 e seguenti). Tali patti prevedono che nel consiglio di amministrazione composto di 13 membri 6 siano nominati dalle società cedenti, tra cui ASM Pavia, ivi compreso il presidente dell'organo amministrativo, laddove ad A2A è riservata la nomina dell'amministratore delegato. Al presidente sono attribuiti poteri di controllo dell'operato di quest'ultimo «*in aggiunta a quelli spettantigli ai sensi di legge*» (§ 4.3.1.). Per l'adozione delle delibere concernenti atti di gestione più importanti (di cui all'apposito elenco) è prevista la maggioranza qualificata del voto favorevole di nove membri del consiglio di amministrazione.

Riserve di carattere analogo, con maggioranze qualificate in modo da rendere determinante il voto delle società cedenti, sono previste per le deliberazioni dell'assemblea dei soci relative ad operazioni societarie straordinarie.

4.2. Sulla base delle indicata documentazione si ricava che nell'attuale vigenza del contratto di *partnership* con A2A, socio di maggioranza assoluta in LGH, le società cedenti tale partecipazione e facenti parte del precedente azionariato di controllo, tra cui la ASM Pavia (per una quota dell'8,11%), devono ritenersi tuttora titolari del controllo in LGH, attraverso l'esercizio di un potere di «*influenza dominante nell'assemblea ordinaria*», ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 2), del codice civile, che si esercita attraverso deroghe pattizie agli ordinari meccanismi di funzionamento dell'organo deliberativo a favore del precedente azionariato.

4.3. Non sono idonee a scalfire tali conclusioni le difese dell'amministrazione resistente e della controinteressata secondo cui la partecipazione di quest'ultima in LGH sarebbe conforme ai limiti entro cui è consentito l'azionariato pubblico ai sensi del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 175 del 2016.

Come infatti sopra accennato, l'acquisto o il mantenimento di partecipazioni in società da parte di amministrazioni pubbliche è ammesso in base all'art. 4 del testo unico «*esclusivamente*» per la «*produzione di un servizio di interesse generale*», ivi compresa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti ad esso funzionali, o per l'«*autoproduzione di beni o servizi strumentali*» agli enti pubblici soci. Ma ciò non può essere affermato per la «*vendita di energia e gas*» (di cui si fa menzione al § 1.2.2. dell'offerta di acquisto di A2A sopra esaminata) che peraltro figura anche come uno dei settori compresi nell'oggetto sociale statutario di LGH, come da visura camerale prodotta nel giudizio di primo grado, unitamente alla «*gestione integrata delle risorse idriche*», alla «*gestione dei servizi ambientali*», alla «*costruzione e gestione anche per conto terzi di impianti per il recupero, riciclaggio, trattamento e smaltimento dei rifiuti*» e alla «*bonifica*» delle aree inquinate.

Se infatti quelle ora menzionate sono attività di servizio pubblico o di realizzazione di impianti ad esso strumentali, legittimamente esercitabili da società a partecipazione pubblica ai sensi del sopra citato art. 4 d.lgs. n. 175 del 2016, non altrettanto può dirsi con riguardo al segmento concernente la vendita di energia e gas: queste ultime, svolte direttamente nei confronti dell'utenza, in seguito alla liberalizzazione dei rispettivi settori, rispettivamente per effetto del decreto legislativo legge 16 marzo 1999, n. 79 (*Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*) e del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 (*Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144; in particolare gli artt. 17 e 18*) sono qualificabili come attività commerciali. A conferma di ciò è sufficiente richiamare il già citato passaggio della relazione degli amministratori di ASM Pavia per l'esercizio 2018 in cui si ricordano le rilevanti trasformazioni subite dalla società a partire dal 2002 in conseguenza della «liberalizzazione del mercato dei servizi pubblici locali», da cui è derivato lo scorporo delle «attività relative alla distribuzione e vendita del gas «(rami gestionali poi conferiti per sottoscrizione di quota capitale a società del Gruppo L.G.H.)».

4.4. Deve poi sottolinearsi che nel caso della LGH le stesse attività di vendita di energia elettrica e gas costituiscono la principale fonte di fatturato. I ricavi da essa rivenienti nell'esercizio 2017 ammontano ad € 250.939 (così a pag. 15 della relazione sulla gestione relativa a tale esercizio) e dunque rappresentano circa la metà dell'operatività della società partecipata. Sotto tale ultimo profilo è pertanto pacifica la vocazione commerciale di tale società, così come dell'operazione con cui la A2A ha fatto ingresso nel relativo capitale sociale per effetto dell'acquisto della maggioranza assoluta delle azioni dalle società pubbliche originarie socie di maggioranza. A quest'ultimo riguardo vanno richiamati gli obiettivi dell'accordo di *partnership* enunciati nella proposta dell'acquirente, laddove nel definire l'oggetto

dell'operazione si pone l'enfasi sull'acquisizione di un nuovo socio di carattere industriale che consenta alla LGH di rafforzare la propria presenza di mercato nel territorio così da «generare maggiore valore aggiunto» per gli azionisti e in prospettiva «crescere in nuovi territori» (§ 1.2.1).

4.5. Per concludere sul punto deve pertanto affermarsi che attraverso la partecipazione in LGH e l'accordo di *partnership* con il nuovo socio industriale A2A la ASM Pavia abbia una duplice vocazione, di società strumentale allo svolgimento di servizi pubblici da un lato e di operatore di mercato dall'altro, mantenuta dopo la liberalizzazione dei settori relativi alla vendita di gas ed energia elettrica dapprima attraverso il controllo congiunto di maggioranza assoluta in LGH con altre società pubbliche locali, ed ora attraverso la *partnership* strategica con il nuovo socio industriale A2A.

4.6. L'ulteriore questione relativa al rispetto del limite quantitativo previsto dal sopra richiamato art. 5, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, affinché la duplice veste ora descritta sia compatibile con le norme di evidenza pubblica, a loro volta poste a presidio della concorrenza nel settore dei contratti pubblici, è da risolversi in senso negativo sulla base dei principi affermati nel precedente giurisprudenziale di cui alla sentenza di questa Sezione del 16 novembre 2018, n. 6459, richiamato dall'appellante.

In tale pronuncia si è in particolare affermato che per stabilire l'operatività della società a partecipazione pubblica occorre avere riguardo ai settori economici «*in cui la società partecipata opera, anche attraverso le proprie partecipate, in posizione di controllo ai sensi del più volte citato art. 2359 cod. civ.*» e che pertanto il raggiungimento dell'80% previsto dal codice dei contratti pubblici va apprezzato con riferimento al fatturato realizzato dall'intero gruppo societario. Ciò sulla base di una ricostruzione dell'istituto dell'*in house providing* che a partire dall'originaria sua affermazione, con la sentenza *Teckal* della Corte di giustizia dell'Unione europea del 18 novembre

1999 (C-107/98), e in coerenza con la sua finalità di prevenire l'elusione dalle norme di evidenza pubblica attraverso lo strumento della società di capitali, tipico del mercato imprenditoriale, dia rilievo alla *«reale sostanza dei fenomeni, al di là delle forme utilizzate, per cui anche una società con personalità giuridica distinta dall'ente pubblico detentore del relativo capitale sociale può essere considerata un'articolazione organizzativa di quest'ultimo, al pari di quelli tradizionali di stampo burocratico, se soggetta ad un potere di influenza dominante dello stesso ente pubblico e se operante esclusivamente (ora con il correttivo di un 20% a favore di terzi) nei confronti del medesimo»*.

Sulla base della descritta impostazione sostanzialistica nel medesimo precedente si è precisato che il computo del fatturato globale a livello di gruppo societario quale indicatore dell'operatività complessiva della società posta al suo vertice non è contraddetta dal dato puramente contabile relativo alla voce di bilancio riguardante i proventi finanziari, come sostenuto da ASM Pavia. Se infatti quest'ultimo rappresenta il margine netto che la controllante trae dalla propria partecipazione societaria, è invece il *«fatturato»* che ai sensi del comma 7 del più volte richiamato art. 5 del codice dei contratti pubblici misura in termini quantitativi l'operatività della società. Ciò, peraltro, al pari del reddito riferibile alla propria operatività, non identificato infatti nei soli ricavi, ma da cui devono essere dedotti i costi e gli altri componenti negativi di reddito.

Posto dunque che il fatturato della LGH è superiore a quello della controllante ASM Pavia, come rilevato sopra, e che in particolare metà del primo deriva da attività di carattere commerciale, deve dunque escludersi che la società controinteressata rispetti il limite imposto dalla legge del 20% per attività non a favore dei soci pubblici partecipanti.

5. Alla stregua delle considerazioni svolte l'appello deve pertanto essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso proposto in

primo grado dalla Pizzamiglio ed annullato l'affidamento *in house* con esso impugnato.

Le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere compensate per la complessità delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso proposto in primo grado da Pizzamiglio Andrea s.r.l. ed annulla l'atto con esso impugnato.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO