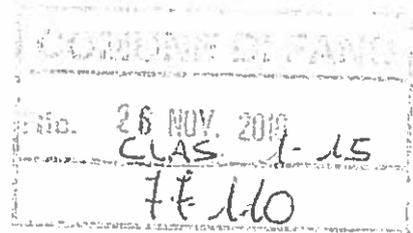




COMUNE DI FANO
 PROVINCIA DI PESARO E URBINO
 GABINETTO DEL SINDACO



EMENDAMENTO ALLA PROPOSTA DI DELIBERAZIONE DEL CONSIGLIO COMUNALE N.59930 -LICENZIATA DALLA GIUNTA COMUNALE IN DATA 22/11/2016- PER OGGETTO "APPROVAZIONE PROGETTO DI FUSIONE ASET SPA (SOCIATA' INCORPORANTE) - ASET HOLDING SPA (SOCIETA' INCORPORATA) - I.E." O.D.G. DEL 29/11/2016 N.1

INTRODURRE IN PARTE DISPOSITIVA IL PUNTO N.4BIS COME DI SEGUITO INDICATO:

"Di prendere atto dell'allegata nota del dirigente competente in materia di società partecipate del 26/11/2016 p.g.77109 (con allegati il parere dell'Avv.Ferla del 18/10/2016 e le relative controdeduzioni del Prof.Avv. L.R.Perfetti del 24/11/2016).

Di obbligarsi ad adeguare e modificare lo statuto ed il patto parasociale in relazione agli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n.251/2016 nelle more dell'entrata in vigore della fusione per incorporazione di cui alla presente deliberazione; in tale ambito si prevederà che la società ASET spa sia amministrata da un cda di n.3 ovvero 5 componenti composto da un presidente/A.D. nonché da 2 ovvero 4 consiglieri di amministrazione (di cui uno scelto dalla maggioranza dei soci di minoranza secondo il nuovo assetto dei dividendi prefigurato nel patto parasociale); la modifica al patto parasociale sarà relativa alla validità temporale dello stesso che dovrà limitarsi a n.5 anni secondo le disposizioni del codice civile e alla istituzione e composizione del cda."

IL SINDACO
 Massimo SERI



VISTO, si esprime parere favorevole

IL DIRIGENTE
 Dott. Pietro CELANI



Fano 26/11/2016

Al sensi dell'art. 33 del regolamento per il funzionamento del Consiglio Comunale, si esprime parere favorevole sul presente emendamento.
 FANO, 28/11/2016

IL DIRIGENTE RESPONSABILE
 SERVIZI FINANZIARI
 (Dott.ssa *[signature]*)



COMUNE DI FANO

PROVINCIA PESARO URBINO
SOCIETÀ PARTECIPATE

Fano 26/11/2016
p.g.n.77109

SINDACO
SEDE

Oggetto: Parere richiesto da ASET Holding spa allo studio Ferla di Milano. Considerazioni e valutazioni. Esiti della sentenza della Corte Costituzionale n.251/2016 sul processo di fusione.

In allegato alla presente si invia il parere in oggetto unitamente alle correlate controdeduzioni fornite al riguardo dal Prof.Avvt.to L.R.Perfetti, legale esperto in materia di fiducia del Comune di Fano, con particolare attenzione agli assetti del ramo gas.

Quale responsabile del procedimento condivido le conclusioni del Prof.Avvt.to L.R. Perfetti considerandole risolutive in materia.

Devo altresì tempestivamente informare il Sindaco degli esiti della sentenza della Corte Costituzionale n.251/2016 nei confronti della L.n.124/2015 e al correlato D.Lgs.n.175/2016 per i riflessi che si determinano sullo statuto e sul patto parasociale del progetto di fusione.

Le disposizioni che risultano incise, per quanto di rilievo in questa sede, attengono sostanzialmente all'assenza di un obbligo di previsione di un "amministratore unico" e nella validità temporale del patto parasociale.

Infatti numerose disposizioni contenute nel D.Lgs.n.175/2016 (da non considerarsi abrogate) sono, in realtà, riferibili al coordinamento di disposizioni previgenti sedimentate nell'ordinamento giuridico ovvero desumibili dal "diritto vivente" secondo consolidati orientamenti giurisprudenziali. In tal senso la declaratoria di illegittimità costituzionale del D.Lgs.n.175/2016 non travolge il preesistente quadro ordinamentale; infatti il vaglio del giudice delle leggi è motivato dalla lesione di un aspetto formale afferente il rispetto del principio di "leale collaborazione" tra lo stato ed il sistema delle autonomie per materie che, inscindibilmente, riguardano competenze "multilivello".

Pertanto, al fine di evitare il rinvio del processo di fusione con rilevante aggravio procedimentale e con una situazione di pericoloso stallo tra le due società in potenziale danno organizzativo e finanziario per il Comune di Fano anche alla luce del diritto di recesso sussistente tra le due società in relazione al contratto che disciplina i rapporti finanziari nel caso di mancata fusione entro il 2016, ritengo si possa procedere mediante un apposito emendamento che dia atto della presente nota e che obblighi l'ente alla modifica dello statuto e del patto parasociale nelle more del perfezionamento della fusione (1 marzo 2017 tenuto conto dell'assemblea soci da effettuarsi il 23/12/2016). Ciò in quanto la modifica statutaria della composizione dell'organo amministrativo di ASET spa, dopo l'approvazione del progetto di fusione da parte dei cda, sconta il divieto di cui all'art.2502, comma n.2 del codice civile.

Il testo di emendamento proposto è il seguente:

DI INTRODURRE IN PARTE DISPOSITIVA DELLA PROPOSTA DI DELIBERAZIONE CONSILIARE N.59930 IL PUNTO N.4BIS COME DI SEGUITO INDICATO:

*"Di prendere atto dell'allegata nota del dirigente competente in materia di società partecipate del 26/11/2016 p.g.77109 (con allegati il parere dell'Avv.Ferla del 18/10/2016 e le relative controdeduzioni del Prof.Avvt. L.R.Perfetti del 24/11/2016).
Di obbligarsi ad adeguare e modificare lo statuto ed il patto parasociale in relazione agli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n.251/2016 nelle more dell'entrata in vigore della fusione per incorporazione di cui alla presente deliberazione; in tale ambito si prevederà che la società ASET spa sia amministrata da un cda di n.3 ovvero 5 componenti composto da un presidente/A.D. nonché da 2 ovvero 4 consiglieri di amministrazione (di cui uno scelto dalla maggioranza dei soci di minoranza secondo il nuovo assetto dei dividendi prefigurato nel patto parasociale); la modifica al patto parasociale sarà relativa alla validità temporale dello stesso che dovrà limitarsi a n.5 anni secondo le disposizioni del codice civile e alla istituzione e composizione del cda."*

Distinti saluti.



IL DIRIGENTE
[Signature]

AVV. STEFANO FERLA
s.ferla@studiolegalefmf.it

AVV. SIMONE MARINUCCI
s.marinucci@studiolegalefmf.it

AVV. MARCO FARINA
m.farina@studiolegalefmf.it

Avv. Beatrice Forlani
Avv. Filippo Gerosa

of counsel

Avv. Prof. Federico Furlan
Avv. Cristina Bianchini

Milano, 18 ottobre 2016

Spett.le

Aset Holding S.p.a.

Via Nolfi, n. 3/a

61032 – Fano (PU)

Alla c.a. del Presidente

Dr.ssa Susanna Testa

Oggetto: parere in ordine al riposizionamento/agggregazione delle Società controllate dal Comune di Fano (Aset Holding s.p.a. e Aset s.p.a.) e alle divergenti valutazioni in merito contenute nelle Relazione dell'Advisor e nel parere reso dall'Avv. Prof. Luca Perfetti.

Premessa.

Con la presente nota si da riscontro alla Vs. cortese richiesta di parere prot. 3630 dell'11.10.2016, in merito a quanto in oggetto.

Con Relazione resa nell'aprile scorso e con successiva nota di approfondimento del 22.6.2016, l'*Advisor* appositamente incaricato esprimeva le sue valutazioni in merito alla possibile fusione tra le due società controllate dal Comune di Fano, Aset Holding s.p.a. e Aset s.p.a.

Prima di sintetizzare tali valutazioni, occorre riferire le caratteristiche essenziali di tali Società.

Entrambe sono società a capitale totalmente pubblico, controllate dal Comune di Fano (che ne detiene più del 97%), caratterizzate da Statuti finalizzati ad integrare gli estremi del modello "*in house providing*".

Aset Holding s.p.a. (di seguito anche semplicemente "Holding"), come si evince dall'art. 1 dello Statuto, è stata costituita come "società delle reti" ex art. 113, comma 13, d.lgs. n. 267/2000, in attuazione dell'art. 35, l. n. 448/2001, che prevedeva la separazione societaria tra proprietà delle infrastrutture (che avrebbe dovuto rimanere pubblica) e gestione dei servizi pubblici locali (privatizzabile).

Essa è, quindi, proprietaria sia delle reti idriche sia delle reti di distribuzione del gas, in virtù tanto del conferimento operato direttamente dagli Enti locali quanto della scissione della stessa Aset s.p.a.

Aset Holding s.p.a. non è tuttavia una mera "società delle reti", ma svolge anche altre attività operative e, segnatamente, gestisce: le farmacie comunali, i servizi cimiteriali, i parcheggi e le soste a pagamento; la riscossione delle entrate comunali, per il tramite di Aset Entrate s.r.l. (di cui è socia al 60%); il servizio di illuminazione votiva.

La Holding detiene inoltre partecipazioni in altre società: oltre al 60% del capitale di Aset Entrate s.r.l., è proprietaria dell'11,45% di Prometeo s.p.a. (società operante nel mercato libero della vendita di gas ed energia elettrica) e del 50% di Adriacom Cremazioni s.r.l. (che realizza e gestisce impianti di cremazione).

Aset s.p.a. (di seguito anche semplicemente "Spa") è società operativa che gestisce i principali servizi pubblici del Comune di Fano secondo due modelli giuridico-amministrativi diversi:

- gestisce *in house providing* il servizio idrico e il servizio di pubblica illuminazione;
- ha ottenuto la concessione del servizio di distribuzione del gas naturale (per la durata di dodici anni), aggiudicandosi la relativa gara pubblica quale mandataria dell'A.T.I. costituita con Estra Reti Gas s.r.l. e Si(e)nergia s.p.a; i membri dell'A.T.I. hanno poi costituito, come prescritto dalla *lex specialis*, apposita società di scopo, A.E.S. Fano Distribuzione Gas s.r.l., che ha stipulato il contratto di concessione in data 30.6.2012.

Aset s.p.a., inoltre, detiene il 100% del capitale di Rinciotti & Orciani s.r.l., che opera nel settore dei servizi di pulizia e sanificazione delle fosse settiche.

* * * * *

La Relazione dell'Advisor.

L'Advisor, costituito dallo Studio Commerciale Boldrini e da Media Gestum Consulting s.r.l., ha evidenziato alcune criticità rispetto all'ipotesi, già oggetto di specifici atti di indirizzo politico nel corso della precedente consiliatura, che prevede la fusione per incorporazione della Holding nella Spa.

Tali criticità riguardano sia il servizio idrico sia il servizio di distribuzione del gas naturale.

Per quanto concerne il servizio idrico, la Relazione dell'Advisor pone il dubbio che possa mutare il soggetto proprietario delle reti idriche, in quanto beni demaniali e inalienabili ai sensi dell'art. 823 c.c., considerato che:

- la Holding è titolare della proprietà di tali cespiti solo in virtù di una speciale disposizione derogatoria della regola dell'inalienabilità (art. 113, comma 13, cit.);

- tale disposizione è stata ritenuta abrogata dalla Corte Costituzionale (cfr. sent. n. 320/2011) in forza dell'entrata in vigore dell'art. 23 bis, comma 5, d.l.n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, secondo cui deve rimanere "*ferma la proprietà delle reti*";
- l'art. 23 bis, cit., è stato successivamente abrogato per via referendaria;
- attualmente, quindi, non è in vigore nè l'art. 113, comma 13, cit. (l'abrogazione referendaria opera solo *ex nunc* e non comporta la reviviscenza delle norme preesistenti rispetto a quelle abrogate), né l'espresso divieto di conferimento delle infrastrutture di pubblico servizio a società patrimoniali (divieto contenuto nell'abrogato art. 23 bis, secondo l'interpretazione della Consulta).

In questa situazione di incertezza l'*Advisor* sconsiglia operazioni che possano determinare il mutamento di titolarità delle reti idriche (dalla Holding alla Spa), in attesa che trovino conferma le previsioni contenute nello schema di "*testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*", le quali reintroducono "la società delle reti" e la connessa facoltà di conferimento degli *asset* da parte degli Enti locali (cfr. art. 9, comma 3).

Per quanto concerne il servizio di distribuzione del gas naturale, l'*Advisor* osserva che la fusione determinerebbe un'alterazione dell'assetto dei rapporti che è scaturito dalla procedura di gara.

Poichè la Holding, in qualità di "società delle reti", è stata delegata dal Comune di Fano a svolgere le funzioni di Stazione appaltante e di controparte contrattuale dell'aggiudicatario, la fusione condurrebbe ad una tendenziale coincidenza tra soggetto affidante (la Holding, appunto) e soggetto affidatario (la Spa, quale mandataria dell'A.T.I. e socio di controllo di AES, quale società costituita dai membri della stessa A.T.I.), ovvero tra "controllore" e "controllato", per usare le parole dell'*Advisor*.

Viene altresì osservato che la Spa diventerebbe socia di Prometeo s.p.a., che svolge attività di vendita sulla rete gas gestita dalla medesima società risultante dalla fusione.

Nella successiva nota integrativa del 22.6.2016, lo Studio Boldrini rileva inoltre che, alla luce della disciplina settoriale delle gare d'ambito e dello specifico Chiarimento dell'AEEGSI in data 24.4.2015, sarebbe incerta la "sorte" delle reti gas, dal punto di vista del regime proprietario, in quanto la Spa, come risultante dalla fusione con la Holding, finirebbe per cumulare in sé le due qualità di "società delle reti" (e, nel caso specifico, anche di soggetto affidante il servizio) e di gestore del servizio (sia pure nella forma della società *ad hoc* costituita con gli altri *partners* di gara). Infatti, le norme di settore stabiliscono un diverso regime proprietario per le reti appartenenti agli Enti locali o loro società patrimoniali e per le reti appartenenti al gestore: le prime restano di proprietà pubblica; le seconde sono trasferite al gestore subentrante.

* * *

Il parere dell'Avv. Prof. Luca Perfetti.

Il Comune di Fano ha chiesto all'Avv. Prof. Luca Perfetti un parere legale sugli elementi di criticità sollevati dall'*Advisor*.

Il Prof. Perfetti ha reso il parere richiesto in data 29.9.2016, concludendo che le criticità sollevate dall'*Advisor* non hanno fondamento e che, quindi, nulla osta all'incorporazione della Holding nella Spa, senza necessità di alcuna previa operazione di verifica/modifica dell'attuale assetto societario e organizzativo.

Di seguito si sintetizzano le tesi sostenute nel suddetto parere, con riferimento alle due distinte problematiche, concernenti, rispettivamente, il servizio idrico e il servizio di distribuzione gas.

Con specifico riferimento alle reti idriche, viene sostenuto quanto segue:

- 1) la fusione per incorporazione non è un fenomeno *estintivo-successorio*, ma *evolutivo-modificativo*, che non comporta l'estinzione, ma solo la modificazione soggettiva della società incorporata, come si evince dalla novella dell'art. 2504 bis, c.c.: ciò significa che non vi sarebbe alcun trasferimento dei beni dell'incorporata all'incorporante, ivi comprese le reti idriche;

- 2) anche qualora si ritenesse che la fusione determini un trasferimento della proprietà delle reti idriche, il passaggio avverrebbe tra due *società in house*, che non sono altro che articolazioni organizzative degli stessi Enti locali; l'operazione non inciderebbe, quindi, sulla demanialità della rete idrica;
- 3) diversamente, anche ove si ritenesse che l'appartenenza della rete idrica ad un società di capitale sia incompatibile con il mantenimento del regime demaniale, si dovrebbe concludere che già con il conferimento alla Holding i beni in questione abbiano perso la demanialità ("*sdemanializzazione di fatto*") e che, quindi, i relativi diritti domenicali possano liberamente circolare, con il solo vincolo della permanente destinazione della rete al pubblico servizio.

Con riguardo al servizio di distribuzione del gas naturale, viene rilevato:

- le norme di settore ammettono che, perlomeno in occasione della prima gara ex art. 14, d.lgs. n. 164/2000, i gestori uscenti possano partecipare alla procedura di affidamento e quindi potenzialmente aggiudicarsi la gara, anche se controllati dal soggetto affidante proprietario delle reti (cfr. art. 15, comma 10, d.lgs. n. 164/2000); è legittima quindi una relazione di controllo tra soggetto affidante proprietario delle reti e soggetto affidatario;
- proprio questa fattispecie si riscontrerebbe all'esito della fusione, in quanto la Spa, che avrebbe nel frattempo incorporato il soggetto affidante (la Holding), continuerebbe a controllare il gestore, costituito da AES Distribuzione Gas s.r.l.;
- d'altra parte, neppure la partecipazione minoritaria in Prometeo s.r.l. è elemento ostativo, in quanto: a) in primo luogo, trattandosi di partecipazione minoritaria, non verrebbe in rilievo un'impresa verticalmente integrata; b) in secondo luogo, anche ove si fosse di fronte ad un'impresa verticalmente integrata, troverebbero semplicemente applicazione gli obblighi di *unbundling* funzionale tra società di distribuzione e società di vendita.

* * *

Valutazioni giuridiche.

Il Consiglio di Amministrazione di Aset Holding s.p.a., rilevando il contrasto, sul piano tecnico-giuridico, tra l'impostazione dell'*Advisor* e quella del parere del Prof. Perfetti ha chiesto allo scrivente legale una valutazione chiarificatrice sul modo di procedere, dovendo evidentemente deliberare sulla materia in modo consapevole e responsabile.

Si ritiene di poter svolgere in merito le seguenti considerazioni, con distinto riguardo alla problematiche concernenti il servizio idrico e a quelle concernenti il servizio di distribuzione del gas naturale.

* * *

Servizio idrico.

Le diverse tesi argomentate dall'*Advisor* e dal Prof. Perfetti riguardano il regime giuridico delle reti idriche.

Sul piano civilistico si conviene con il Prof. Perfetti in ordine all'inquadramento degli effetti della fusione, a mente del disposto vigente dell'art. 2504 bis, c.c.: la fusione non comporta effetti propriamente traslativi in ordine ai beni della società incorporata.

Pertanto, le reti idriche passerebbero in capo all'incorporante mantenendo inalterato il regime giuridico che le caratterizzava quando erano di proprietà dell'incorporante e, segnatamente, il regime giuridico conseguente allo specifico conferimento da parte degli Enti locali alle "società delle reti" ex art. 113, comma 13, d.lgs. n. 267/2000.

Il conferimento – si conviene anche qui con il Prof. Perfetti – è avvenuto legittimamente, in quanto si è perfezionato anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, che, secondo l'interpretazione fornita dalla Consulta nella sentenza n. 320/2011, avrebbe determinato l'abrogazione dell'art. 113, comma 13, cit.

Assai più problematico è invece definire esattamente in cosa consista il regime giuridico dei beni demaniali conferiti *ex art. 113, comma 13, cit.*

In particolare, occorrerebbe stabilire se detti beni:

- 1) mantengano, se non formalmente, almeno sostanzialmente i caratteri tipici della demanialità ed, in particolare, quello dell'inalienabilità;
- 2) ovvero se, in quanto entrati a far parte del patrimonio di una società di capitali, perdano non solo formalmente, ma anche sostanzialmente i tratti della demanialità, potendo liberamente circolare, salvo il vincolo di destinazione al pubblico servizio.

Pare che la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 320/2011, propenda per la seconda opzione, ritenendo che l'art. 113, comma 13, non garantisca di per sé la proprietà pubblica delle reti, così come era prescritta dall'oggi abrogato art. 23 bis, d.l. n. 112/2008, *cit.*

In ogni caso, va detto che la lettura della Consulta – peraltro, si ricorda, non vincolante trattandosi dell'interpretazione di una legge ordinaria – era dettata dalla preoccupazione di preservare la proprietà pubblica delle infrastrutture, in un contesto normativo chiaramente orientato in tal senso.

A chi scrive pare, tuttavia, che la proprietà pubblica possa essere comunque garantita senza dover necessariamente concludere per l'abrogazione della norma in questione.

Il comma 13 dell'art. 113 merita, infatti, di essere letto in combinato disposto con l'art. 2, che prescrive a chiare lettere l'inalienabilità dei beni degli Enti locali strumentali all'erogazione dei servizi pubblici locali. Il comma 13 appare l'unica deroga a questo regime di inalienabilità, che consiste nella facoltà di conferimento alle “società delle reti”.

Non sembra che la legge ammetta altre operazioni traslative.

Ammettere, invece, che le società delle reti possano alienare questi *asset* equivale, a nostro avviso, ad introdurre ulteriori deroghe *ex lege* non previste all'originaria assoluta inalienabilità dei beni in questione, rispetto alla quale fa eccezione, per l'appunto, solo il conferimento alle "società delle reti".

In materia di servizio idrico, poi, questa opzione interpretativa sembra essere rafforzata dall'art. 146, d.lgs. n. 152/2006, il quale stabilisce la demanialità e l'inalienabilità di tutte le infrastrutture idriche di proprietà pubblica.

In ogni caso, qualunque delle due tesi interpretative si ritenga di scegliere, la fusione ipotizzata non intaccherebbe, al momento, la proprietà pubblica delle infrastrutture idriche, né muterebbe il regime giuridico di provenienza dei beni conferiti *ex art.* 113, comma 13, cit.

Detta fusione inciderebbe, tuttavia, in modo significativo sull'assetto organizzativo del servizio, con ricadute, in prospettiva, come si preciserà tra breve, anche sul regime proprietario.

Altro è, infatti, un assetto che prevede la separazione tra proprietà e gestione, ancorché entrambe pubbliche, e altro è un assetto che le unifica in capo al medesimo gestore pubblico.

Il passaggio dal primo al secondo assetto incide sulle modalità di esecuzione della Convenzione che regola i rapporti tra l'*AATO Marche Nord – Pesaro e Urbino* (di seguito, l'*AATO*) e *Aset s.p.a.*, quale gestore del servizio idrico integrato nel Comune di Fano (oltre che nei Comuni di Mondolfo e Monteporzio).

Ciò, come subito si dirà, con particolare riferimento all'individuazione delle effetti alla scadenza dell'affidamento.

Occorre premettere che la suddetta Convenzione, originariamente stipulata nel 2011, è destinata ad essere integrata dalla Convenzione Tipo approvata dall'*AEEGSI* con

Deliberazione 656/2015/IDR del 23.12.2015, già recepita dall'AATO con Deliberazione n. 17 del 27.6.2016.

L'affidamento ad Aset s.p.a. rientra tra quelli che beneficiano del regime di salvaguardia di cui all'art. 172, d.lgs. n. 152/2006 e può quindi proseguire fin alla scadenza naturale (1.1.2029).

L'AATO ha già ritenuto, con Relazione del 9.12.2013, tale affidamento conforme alla normativa comunitaria e quindi non meritevole di cessazione *ex lege* ai sensi dell'art. 34, d.l. n. 179/2012, convertito in l. n. 221/2012.

Ebbene, ai sensi dell'art. 151, comma 3, d.lgs. n. 152/2006, anche le convenzioni esistenti devono essere adeguate alla Convenzione Tipo predisposta e approvata dall'AEEGSI a norma del primo comma dello stesso articolo. Ciò che è avvenuto con la già citata deliberazione dell'AATO.

Tra le nuove previsioni vincolanti vi sono anche quelle in tema di "Cessazione e subentro" (Titolo IV).

L'art. 12, in particolare, stabilisce:

- l'Ente di Governo dell'Ambito (EGA) determina il valore di rimborso spettante al Gestore uscente (su proposta di quest'ultimo);
- a seguito del pagamento del valore di rimborso, *"il precedente Gestore trasferisce, al Gestore subentrante, i beni strumentali e le loro pertinenze necessari per la prosecuzione del servizio, come individuati dalla ricognizione effettuata d'intesa con l'EGA"*.

E' previsto, quindi, che, a prescindere dalla forma di gestione che l'AATO sceglierà per l'intero ambito (*società in house*, società mista o concessionario individuato con gara), il Gestore unico subentrante rileverà la proprietà delle infrastrutture dell'uscente, a fronte del pagamento di un valore rimborso. Si tratta, del resto, della soluzione prevista anche per gli altri servizi pubblici locali nel Testo Unico ancora *in itinere* (cfr. art. 11).

In questa prospettiva potrebbe concretizzarsi l'eventualità che le infrastrutture idriche di proprietà di Aset s.p.a. fuoriescano dalla sfera di proprietà pubblica, ove si optasse a regime per una modalità concorrenziale di gestione (concessione a terzi o società mista). Tale scelta, come è noto, esula dalla competenze del Comune di Fano, essendo in capo all'Ente di Governo dell'Ambito.

In quest'ottica appare quindi necessario:

- a) stabilire se i beni originariamente conferiti dagli Enti locali *ex art. 113*, comma 13, cit., e poi confluiti nel patrimonio del gestore pubblico siano da ricomprendere o meno tra quelli soggetti a trasferimento a favore del gestore entrante;
- b) in caso affermativo, se permanga la facoltà dell'Ente di riproporre nuovamente un assetto di separazione tra proprietà e gestione, prima del nuovo affidamento, per preservare la proprietà delle reti idriche;
- c) sempre in caso di risposta affermativa al quesito *sub a)*, se sia giuridicamente configurabile la libera circolazione di tali beni, considerata la loro provenienza dal demanio, pur nel rispetto del vincolo di destinazione a pubblico servizio (si tratta dell'alternativa ermeneutica sopra esaminata).

Questi delicati aspetti meriterebbero, a nostro avviso, di essere definiti d'intesa con l'AATO, preventivamente rispetto all'eventuale fusione.

Come è noto, ai sensi del vigente art. 3 bis, d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011, le funzioni di organizzazione dei servizi a rete sono esclusivamente in capo all'Ente di Governo dell'Ambito individuato dalla Regione, che, nel caso specifico, è il già menzionato AATO (cfr. L.R. n. 30/2011).

Diversamente, l'operazione rischierebbe di produrre effetti non voluti e/o non ponderati, che sfuggirebbero alla sfera di controllo dell'Amministrazione comunale.

* * *

Servizio di distribuzione del gas naturale.

Si osserva che nel parere del Prof. Perfetti non viene trattato quello che, a nostro avviso, appare il nucleo fondamentale della problematica da esaminare, quale pure sembra emergere – perlomeno in sintesi – dalla Relazione dell'*Advisor* e dalla successiva nota integrativa del 22.6. u.s.

Con riferimento al servizio di distribuzione del gas naturale, è da escludere che Aset s.p.a. possa configurarsi come *società in house*.

Essa va considerata alla stregua di un comune *cessionario del servizio* selezionato con gara, avendo ottenuto l'aggiudicazione dell'apposita procedura selettiva in A.T.I. con altre imprese. A tal fine è persino irrilevante la natura pubblica o privata del capitale sociale.

La circostanza che i membri dell'A.T.I. aggiudicataria abbiano poi costituito una *newco*, come prescritto dalla *lex specialis* di gara, alla quale è stato formalmente imputato il contratto di concessione, non muta la qualità sostanziale di Aset s.p.a. di (con)titolare del rapporto concessorio, direttamente e solidalmente responsabile (in veste di mandataria) con le altre imprese aggiudicatrici nei confronti del soggetto affidante (nella specie Aset Holding s.p.a.).

Tale è infatti il portato della disciplina di cui all'art. 37, d.lgs. n. 163/2006, all'epoca vigente, in materia di raggruppamenti temporanei di impresa.

Tale disciplina è stata specificamente richiamata e fatta propria dalla *lex specialis* di gara. Si veda in particolare il modello di domanda di partecipazione allegato al Disciplinare, nel quale si prescriveva ai concorrenti raggruppati di dichiarare che, in caso di aggiudicazione, si sarebbero conformati alla disciplina di cui al citato art. 37, nonché di indicare le parti del servizio che sarebbero state eseguite dalle singole società.

La *lex specialis* richiedeva poi la costituzione di un soggetto unitario come garanzia aggiuntiva, non certo come soluzione volta ad elidere la responsabilità diretta dei membri dell'A.T.I. e, in primo luogo, quella (comunque solidale) del mandatario (Aset s.p.a.)

Si tratta, quindi, di una disciplina analoga a quella poi introdotta a regime per le gare d'ambito dall'art. 10, comma 8, D.M. n. 226/2011, secondo cui:

- è richiamata e trova piena applicazione la disciplina di cui all'art. 37, d.lgs. n. 163/2006;
- i concorrenti raggruppati, tenuti a costituire una nuova società *ad hoc* in caso di aggiudicazione, restano solidalmente impegnati con la *newco* ad assolvere gli obblighi contrattuali; la mandataria deve far parte della società per tutta la durata dell'affidamento; i mandanti almeno per i primi cinque anni.

Nel caso specifico, il vincolo quinquennale risulta già esplicitamente prescritto all'art. 3 del Disciplinare (cfr. ult. cpv.).

Ebbene, la prospettata fusione determinerebbe la coincidenza tra soggetto affidante e il principale partecipante al soggetto affidatario, giuridicamente responsabile dell'adempimento degli obblighi relativi alla concessione.

Ciò comporterebbe oggettivamente una modificazione dei rapporti giuridici scaturenti dall'aggiudicazione della gara, come consacrati nel contratto di concessione rep. n. 38834 del 30.6.2012. Ciò almeno sotto i due seguenti profili.

*

1) *In primo luogo* verrebbe meno il ruolo che era stato assegnato a suo tempo dal Comune di Fano ad Aset Holding s.p.a., ovvero quello di Stazione appaltante e controparte contrattuale del concessionario, in quanto la società incorporante rivestirebbe al contempo sia la qualità di *affidante*, sia quella di *affidatario*.

Non vi è dubbio che, qualora la prospettata fusione avesse preceduto la gara, si sarebbe potuta verificare solo una delle due seguenti alternative: o Aset s.p.a. avrebbe esercitato il ruolo di soggetto affidante per conto del Comune, ovvero quello di soggetto concorrente. I due ruoli erano evidentemente incompatibili.

Non sarebbe allora corretto concludere per una compatibilità *ex post* di tali ruoli, valorizzando il mero dato formale della successiva costituzione della *newco* tra i concorrenti raggruppati, quale soggetto distinto rispetto ad Aset s.p.a., senza per ciò stesso intaccare i presupposti del contratto di concessione e della procedura di gara che lo ha originato.

*

2) *In secondo luogo*, la proprietà delle reti, che, all'epoca della gara, si era ritenuto di mantenere separata dalla gestione ed estranea dall'oggetto dell'affidamento, verrebbe fatta confluire, per effetto della fusione, in capo ad uno dei concorrenti aggiudicatari (e segnatamente il mandatario dell'A.T.I.), il quale, come si è visto, condivide con la *newco* formalmente concessionaria e con gli altri partecipanti precisi obblighi in ordine all'esecuzione del contratto di concessione.

Anche sotto questo profilo, se, al momento della gara, proprietà delle reti e gestione fossero risultate unificate in capo al medesimo soggetto, l'impostazione della procedura di affidamento e del relativo contratto di concessione avrebbe dovuto essere radicalmente diversa: infatti, se si fosse inteso indire la gara sulla base di questo assetto, salva l'ipotesi di retrocessione dei cespiti in capo all'Ente locale, si sarebbe dovuto prevedere il trasferimento della proprietà delle reti al gestore entrante dietro pagamento di un valore di rimborso, ovvero esattamente quanto poi previsto "a regime" dall'art. 24, d.lgs. n. 93/2011 e dall'art. 7, D.M. n. 226/2011.

Inoltre, il canone stabilito a favore della Holding quale soggetto affidante e proprietario delle reti (cfr. art. 2 del contratto) si giustificava, anche nella sua entità, sulla base del

mantenimento degli *asset* in un ambito di proprietà pubblica estraneo alla sfera del gestore; ciò che, “a valle” della fusione, non sarebbe più riscontrabile.

*

Le considerazioni svolte ai precedenti punto 1) e 2) rendono evidente, a nostro avviso, l'incidenza della fusione sulle condizioni poste alla base del contratto di concessione che è scaturito dalla procedura ad evidenza pubblica.

Costituisce da tempo principio generale il divieto di apportare modifiche ai contratti pubblici sottoscritti a seguito di gara, quando si tratta di modifiche che, ove originariamente previste, avrebbero potenzialmente orientato diversamente il confronto concorrenziale, sia sul piano dei concorrenti ammessi, sia sul piano del contenuto delle offerte (cfr., per es., *Cons. St., Sez. V, n. 6281/2002; T.A.R. Lombardia-Brescia, n. 12/2007*).

Un tale principio risulta ora sancito dall'art. 175, d.lgs. n. 50/2016, in sede di recepimento dell'art. 143 della Direttiva 2014/23/UE, laddove vieta le modifiche “sostanziali” del contratto di concessione, salvi i soli espressamente individuati. Una modifica è definita “sostanziale” quando “*altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto*” e lo è *ex lege* se essa, ove fosse stata originariamente prevista, avrebbe potenzialmente determinato l'ammissione di candidati ulteriori e/o diversi e la presentazione di offerte ulteriori e/o diverse.

Nel caso di specie si ritiene che la fusione altererebbe un elemento essenziale della concessione oggetto di gara, ovvero la separazione tra proprietà e gestione delle reti gas, e ciò mediante l'attribuzione diretta “*post gara*” della proprietà di tali reti al soggetto mandatario dell'A.T.I. aggiudicataria.

*

Oltre al possibile *vulnus* ai principi comunitari e nazionali in materia di concorrenza, si pone inoltre un problema di incertezza in ordine al regime proprietario delle reti gas nella prospettiva della gara d'ambito.

Come correttamente rilevato dall'*Advisor* nella sua nota integrativa del 22.6.2016, anche sulla scorta del Chiarimento pubblicato dall'AEEGSI in data 24.4.2015, esistono solo due opzioni in ordine alla proprietà delle reti, alla luce di quanto stabilito dall'art. 7, D.M. n. 226/2011:

- a) se le reti sono di *proprietà del gestore*, esse sono destinate ad essere trasferite al gestore subentrante all'esito della gara, dietro pagamento di un valore di rimborso determinato ai sensi dell'art. 15, comma 5, d.lgs. n. 164/2000;
- b) se le reti sono già di *proprietà degli Enti locali o di "società delle reti"*, detta proprietà può rimanere stabilmente in capo ai soggetti pubblici già proprietari, senza formare oggetto della procedura di affidamento.

Nel citato Chiarimento, l'Autorità ha precisato che va assimilato alla fattispecie *sub a)* il caso in cui le reti non siano direttamente nella proprietà del gestore del servizio, bensì appartengano ad una società che è in rapporto di controllo/collegamento con il gestore stesso.

Nel caso specifico, per effetto della fusione, si determinerebbe una situazione assai ambigua e di difficile lettura, nella quale il soggetto proprietario delle reti sarebbe al contempo:

- il soggetto che ha incorporato la "società delle reti";
- il soggetto che, in qualità di mandataria dell'A.T.I. aggiudicataria, è parte integrante della compagine che gestisce il servizio, ovvero AES Distribuzione Gas s.r.l., controllata al 51% da Aset s.p.a.

A seconda che si ritenga prevalente il profilo di "società delle reti" o quello di *gestore del servizio*, le reti dovrebbero rimanere pubbliche ovvero passare al concessionario d'ambito. Nella seconda ipotesi vi sarebbe, poi, l'ulteriore problema della loro valorizzazione e della probabile esclusione del relativo valore – da indicare nel bando a

da porre a carico del gestore subentrante – dalla copertura tariffaria *ex art. 24, comma 3, d.lgs. n. 93/2011*.

Il “nodo” dovrebbe essere sciolto dalla Stazione appaltante d'ambito, con esiti difficilmente prevedibili *ex ante*. Si tratta di una alea che non appare ragionevolmente sostenibile, in quanto sarebbe in gioco sia la proprietà degli *asset* sia le condizioni di fattibilità della gara d'ambito. Ciò che renderebbe necessario chiarire e porre rimedio *ex ante*.

Alla luce delle considerazioni svolte, dunque, la fusione prospettata non appare immune da profili di criticità giuridica:

- sia sul piano dell'alterazione dei presupposti e degli elementi essenziali del contratto concessione derivante dalla gara svolta nel 2010/2011;
- sia sul piano dell'incertezza del regime proprietario delle reti gas nella prospettiva della gara d'ambito.

Assumendo che l'Amministrazione voglia confermare il progetto di aggregazione di Holding e Spa, sarebbe consigliabile, per ridurre l'impatto delle incognite e dai rilievi sopra evidenziati:

- provvedere, quanto meno, alla separazione societaria delle partecipazioni di Aset s.p.a. in AES Distribuzione Gas s.r.l.;
- definire concordemente con la Stazione appaltante d'ambito il corretto inquadramento della fattispecie e l'impostazione della gara d'ambito, per quanto interessa il Comune di Fano.

* * * * *

Restando a disposizione per ogni eventuale chiarimento e ulteriore approfondimento, si porgono i migliori saluti.

Avv. Stefano Ferla



PARERE LEGALE - ADDENDUM

Riservato

Comune di Fano

A

BonelliErede - Luca R. Perfetti

Da

CC

Fusione per incorporazione di ASET Holsing SpA in ASET SpA

Riferimento

24 novembre 2016

Data

I. PREMESSA.

Questo breve addendum al parere è stato richiesto al solo scopo di tenere conto delle considerazioni espresse dall'avv. Ferla nel parere che gli è stato richiesto da ASET Holding S.p.A.

Per conseguenza, si presume la conoscenza in capo a chi legge sia della relazione dei consulenti di ASET Holding S.p.A. (gli "advisors"), sia del parere rilasciato ad ASET Holding S.p.A. da parte dell'avv. Ferla, sia - infine - del parere da me rilasciato all'amministrazione comunale.

In questa prospettiva, non ritengo di svolgere alcuna considerazione relativamente a quelle parti del parere dell'avv. Ferla che affermano di condividere il mio parere.

II. SUL RILIEVO DELLE RETI IDRICHE.

Il parere dell'avv. Ferla condivide la tesi della neutralità della fusione, sicché non sembra necessario ribadire il fatto che la fusione non è comporta una alienazione dei beni, con le conseguenze già indicate nel mio parere.

Si pone, tuttavia, il problema del perdurare della durata dell'affidamento (p. 9), essendo la gestione in essere in regime di salvaguardia (p. 10), ponendo poi alcuni temi relativamente al regime dei beni ed, in particolare, se essi possano avere libera circolazione *"considerata la loro provenienza dal demanio"* (p. 11).

Nella sostanza, il parere suggerisce alcune cautele (previa valutazione della fusione e dei suoi effetti con AATO), che naturalmente il Comune ben potrà valutare, se lo riterrà.

La questione centrale, tuttavia, sembra un'altra, vale a dire - di nuovo - quella della natura della fusione rispetto a questi profili.

La fusione è negozio ad esito del quale deriva una successione a titolo universale dell'incorporante rispetto all'incorporata, sicché l'intero plesso di diritti ed obblighi della società incorporata transitano nell'incorporante.

In questi termini, il regime di salvaguardia della gestione non subisce alcuna alterazione, proprio per ragione del fatto che la fusione determina una successione a titolo universale.

Il tema era ben chiarito dall'art. 116 del Codice dei contratti pubblici previgente e l'art. 175 (Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia) del nuovo Codice (Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) è ancora più esplicito, per il fatto di riferirsi espressamente anche ai rapporti concessori. E' previsto che la concessione transiti, *"senza una nuova procedura di aggiudicazione"*, laddove *"un nuovo concessionario sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione"* perché *"al concessionario iniziale succeda, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente, ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore"*.

Nel caso di specie, la società incorporante ha la stessa natura dell'incorporata (entrambe sono società a partecipazione interamente pubblica, sottoposta a direzione e

coordinamento del Comune, che le partecipa per oltre il 97% del capitale). Neppure, per effetto della fusione, intervengono "*altre modifiche sostanziali al contratto*", sicché non mi pare di vedere ragione perché la gestione smetta di essere in regime di salvaguardia, ovvero - sempre per mancanza di un negozio di cessione - perché si possano porre delle perplessità rispetto al regime di circolazione dei beni.

In ogni caso, siccome il parere dell'avv. Ferla contiene, nella sostanza, una raccomandazione a confrontarsi con AATO prima di eseguire l'operazione, il Comune ben potrà farlo ad esito dell'adozione della deliberazione del Consiglio comunale che ha in animo di adottare.

III. SUL RILIEVO DELLE RETI DI DISTRIBUZIONE GAS E DEL RUOLO DI STAZIONE APPALTANTE .

Maggiori sono le perplessità dell'avv. Ferla rispetto alla circostanza che la fusione farebbe incorporare in ASET il soggetto (i) proprietario delle reti (ASET Holding) che la società partecipata da ASET utilizza per rendere il servizio di distribuzione gas e (ii) che aveva svolto la funzione di stazione appaltante in sede di gara.

Quanto al primo profilo, la proprietà delle reti resterebbe comunque oggetto di separazione societaria rispetto alla gestione del servizio (che non si trova in ASET, ma in una sua partecipata) così come le attività di vendita di gas (anch'esse svolte da una società partecipata); proprio per questo, anche il parere dell'avv. Ferla non pone una reale criticità sul punto.

Diverso il secondo profilo posto, che è quello che pare maggiormente preoccupare l'estensore del parere. Nella sostanza, l'argomento è che se al momento dell'indizione e conduzione della gara vi fosse stata la coincidenza di soggetti che deriverebbe dalla fusione, ASET non avrebbe potuto prendere parte alla gara. Per conseguenza, vi si vede un'ipotesi di "*modifiche sostanziali al contratto*" che l'art. 117 già citato individua.

Sul punto non si può essere d'accordo.

Anzitutto, ASET Holding non è il soggetto concedente, ma è solo stato delegato alla conduzione della gara ed assegnazione del contratto dal reale concedente, che è il

Comune di Fano. In secondo luogo, ASET non è il concessionario, essendo solo uno dei soci dello stesso.

In disparte questi aspetti, di per sé rilevanti, se ASET Holding fosse il soggetto concedente, si potrebbero nutrire le perplessità che preoccupano il collega. Tuttavia, ASET Holding non è l'ente pubblico territoriale cui spetta la titolarità del servizio pubblico, sicché non è il concedente.

Se i due soggetti (ASET ed ASET Holding) fossero coincisi al momento della gara e se ASET Holding avesse avuto la delega a svolgere la funzione di stazione appaltante certo è che la stazione appaltante non avrebbe potuto prendere parte alla gara da essa stessa bandita. Tuttavia, ciò non è accaduto e sono passati anni da quel momento (e l'aggiudicatario, comunque, non è ASET, ma una società alla quale questa partecipa).

La questione, però è limitata alla sola gara, non alla posizione di concedente, che spetta comunque all'ente territoriale.

Detto questo, non sembra si possa ritenere in alcun modo che il fatto che una società di capitali, delegata dall'ente titolare del servizio a fungere da stazione appaltante, sia incorporata in una società che a sua volta partecipa la società vincitrice della gara possa essere considerata "*modific(α) sostanzial(e) al contratto*", giacché nulla nel contratto viene mutato.

Piuttosto, l'osservazione dell'avv. Ferla, di sicuro interesse ma non ostativa alla fusione, consente a codesto Comune di affermare il perdurante suo ruolo di ente affidante in relazione alla natura della delega a suo tempo assegnata ad ASET Holding spa con deliberazione consiliare n.127/2010 e l'assenza di modifiche al contratto di concessione del servizio di distribuzione gas in ragione della fusione.

* * *

Con le considerazioni di cui sopra è integrato il mio parere. Resto, naturalmente, a disposizione per ogni ulteriore chiarimento e per i necessari sviluppi dei temi affrontati nel parere.

Cordiali saluti

prof. avv. Luca R. Perfetti

- Scrivania »
- Protocollo »
- Fascicoli »
- Utilità »
- Esci

Registrazioni

Riepilogo



Sistema di Protocollo Informatico
Amministrazione Comunale

Tipo	ENTRATA	RISERVATO: No
Anno	2016	Numero 0077110 Data 26/11/2016 12:32:30
Corrispondenti	Sindaco del Comune di Fano - Massimo Seri	
Altri destinatari		
Protocollo mittente	Data documento 26/11/2016	
Oggetto	Emendamento alla proposta di deliberazione del Consiglio Comunale n. 59930 - Licenziata dalla giunta Comunale in data 22/11/2016 - per oggetto "Approvazione	
Classificazione	1 15 0 Forme associative per l'esercizio di funzioni e servizi	
Tipo trasmissione	A mano	Racc.: Numero Data raccomandata
Annotazioni		
Allegati		
U.O.R.	Settore 02 - Servizi Demografici e Interni	
	Elementi opzionali (Protocollo Emergenza)	

Etichetta Ripeti Et. Fascicolazione Traccia Indietro Chiudi