



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 7286 del 2019, proposto da Acsm-Agam Ambiente S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia, Aldo Travi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Comune di Varese, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Greco, Luigi Manzi, Bruno Nascimbene, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

E.R.I.C.A. Soc. Coop. (Educazione Ricerca Informazione Comunicazione Ambientale) non costituito in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

I.G.M. Rifiuti Industriali S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dall'avvocato Carmelo Barreca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del TAR Lombardia, sez. IV, 16 luglio 2019, n. 1633, concernente a contrattare per l'aggiudicazione del servizio di redazione degli atti di gara per l'affidamento del servizio d'igiene urbana del Comune di Varese, l'aggiudicazione alla soc. coop. ERICA del servizio di redazione degli atti di gara, del bando di gara avente ad oggetto procedura ristretta per l'aggiudicazione in appalto del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, delle connesse prestazioni accessorie di igiene urbana e di gestione della Tari;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Varese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2020 il Cons. Raffaele Prosperi e udito l'avvocato Aldo Travi ai sensi dell'art. 4 co1 ultimo periodo D. L. 28/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Varese aveva indetto una procedura per individuare il soggetto cui affidare il servizio pubblico di raccolta, trasporto, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, servizio svolto da ultimo cinquantennio dall'Azienda municipalizzata cittadina, trasformatasi in un primo momento in Azienda speciale ai sensi dell'articolo 23 l. 142 del 1990, e successivamente in società di diritto privato con la denominazione Aspem s.p.a., ai sensi dell'articolo 17, commi 51 e ss., l. 127 del 1997 e ciò dapprima in virtù di affidamenti diretti e poi, dal dicembre 2000, tramite un contratto sottoscritto dalle due parti della durata trentennale, «ovvero quella massima che cogenti disposizioni di legge dispongano altrimenti a riguardo».

Tale contratto era stato nel tempo integrato con la previsione di ulteriori compiti in

capo ad Aspem, che nel corso del 2008 era stata aggregata dal Comune ad A2A s.p.a., quotata in borsa e cui veniva ceduto il 90% delle azioni: il contratto di servizio rimaneva confermato ad Aspem, con la durata ivi prevista; nel 2018 il Comune aveva approvato la fusione per incorporazione di Aspem s.p.a. in Acsm-Agam s.p.a. e la creazione di una nuova società, denominata Acsm-Agam Ambiente s.r.l., cui assegnare il servizio di igiene urbana.

Successivamente, il Comune di Varese, assumendo che per effetto dell'art. 8, comma 1, l. 115 del 2015 di modifica dell'art. 34, comma 22, d. l. 179 del 2012, al 31 dicembre 2018 cessasse il contratto di servizio a suo tempo stipulato con Aspem, adottava – ai fini della vicenda - i seguenti atti e provvedimenti:

a. la determina dirigenziale n. 1259 del 10 agosto 2018, di determinazione a contrattare per l'aggiudicazione del servizio di redazione degli atti di gara per l'affidamento del servizio di igiene ambientale, e la presupposta deliberazione della Giunta comunale n. 180/2018 di avvio dell'istruttoria per l'individuazione del modello di gestione del servizio a far data dal 1° gennaio 2019, impugnate con il ricorso introduttivo del presente giudizio;

b. la determina dirigenziale n. 1644 del 17 ottobre 2018, di aggiudicazione alla soc. coop. E.R.I.C.A. del servizio di cui al punto che precede, impugnata unitamente agli atti sub (a), con il primo ricorso per motivi aggiunti;

c. la deliberazione consiliare n. 56 del 21 novembre 2018, recante "Organizzazione del servizio pubblico di igiene urbana" con l'allegata Relazione tecnica, e la deliberazione di Giunta comunale n. 180 del 17 luglio 2018 concernente il medesimo servizio, impugnate, unitamente agli atti sub (a) e (b), con il secondo ricorso per motivi aggiunti;

d. il bando di gara del 28 dicembre 2018 relativo alla procedura ristretta per l'affidamento dell'appalto del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, e la determina dirigenziale n. 2204 in pari data di proroga tecnica del servizio a favore della ricorrente nelle more dell'espletamento della gara e comunque sino al 30 settembre 2019, impugnati con il terzo ricorso per motivi aggiunti.

Acsm-Agam Ambiente s.r.l., succeduta ad Aspem s.p.a. nel contratto di servizio del 6 dicembre 2000, impugnava tali atti dinanzi al Tribunale amministrativo per la Lombardia e deduceva motivi di illegittimità di seguito sintetizzati.

1. Incompetenza e violazione dell'art. 42, comma 2, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.
2. Contraddittorietà con atti fondamentali assunti dal Consiglio comunale di Varese.
3. Violazione degli artt. 7 ss. e dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990.
4. Violazione dell'art. 34, comma 22, d. l. 18 ottobre 2012, n. 179, comesostituito dall'art. 8 della l. 29 luglio 2015, n. 115, dell'art. 3-bis, comma 2-bis del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, dell'art. 43 della direttiva 2014/24/UE e dell'art. 27, comma 2-bis d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.
5. Violazione dell'art. 165, commi 3 e 6, d.lgs. 50 del 2016 e s. m. e dell'art. 143, comma 8, d.lgs. 163 del 2006 e s. m., del principio di affidamento e carenza di motivazione.
6. Illegittimità derivata degli atti della procedura di gara che aveva portato ad affidare alla soc. coop. E.R.I.C.A. la redazione degli atti della gara per l'affidamento del servizio pubblico di igiene urbana, così come il bando di gara e la proroga tecnica del contratto in essere con la ricorrente
7. Violazione dell'art. 34, comma 20, d. l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, e carenza di motivazione e di istruttoria.
8. Violazione dei principi di autonomia contrattuale dell'operatore, e incompetenza del dirigente comunale; carenza dei presupposti, difetto di motivazione e violazione di legge, in relazione alla configurabilità di "ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione" che avrebbero impedito di provvedere con le modalità ordinarie"; carenza di istruttoria, violazione di legge ed eccesso di potere, in relazione alle condizioni della proroga stessa stabilite nel provvedimento dirigenziale".

Il Comune di Varese si costituiva in giudizio, concludendo per la reiezione di tutte

le domande promosse da Acsm-Agam Ambiente s.r.l..

Interveniva *ad opponendum* con atto di mera forma la I.G.M. Rifiuti Industriali s.r.l., quale aggiudicatario provvisorio, all'esito della gara nelle more espletata, del servizio di igiene urbana del Comune.

Con sentenza n. 1633 del 16 luglio 2019, il Tribunale amministrativo, in accoglimento di specifica eccezione svolta oralmente dalla ricorrente nell'udienza di trattazione, dichiarava tardivo l'intervento proposto da I.G.M. Rifiuti Industriali s.r.l., in quanto avvenuto in violazione degli artt. 50, 119, 120 c.p.a. e dell'art. 4 comma 4 della norme di attuazione, senza prescindere che l'opponente non era al momento un controinteressato, vantando solamente una proposta di aggiudicazione. Successivamente il giudice di primo grado richiamato l'orientamento sulla graduazione dell'ordine di priorità delle domande proposte, riteneva prioritaria la delibazione delle censure sub 4), concernenti la scadenza del contratto di servizio sottoscritto il 6 dicembre 2000 dal Comune di Varese e la società Aspem poi confluita nella ricorrente Acsm-Agam Ambiente.

Nel merito il Tribunale amministrativo riteneva la fondatezza del motivo, poiché le finalità dell'art. 8, comma 1, l. n. 115 del 2015 di modifica dell'art. 34, comma 22, d. l. n. 179 del 2012, convertito nella l. 221 del 2012, era quello di fissare un termine ultimo, non irragionevolmente lungo, entro il quale al più dovevano cessare gli affidamenti diretti di pubblici servizi operati in assenza dei presupposti stabiliti dalla disciplina dell'Unione.

La direttiva 2014/23/UE (art. 3) e il d.lgs. n. 175 del 2016 (artt. 7 e 10) confermano che la dismissione di partecipazioni nelle società pubbliche e la scelta del socio privato nelle società miste debba avvenire nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione e l'alienazione del 90% delle azioni di Aspem da parte del Comune di Varese ad A2A s.p.a. era avvenuta dopo il 31 dicembre 2004 e A2A era società quotata in borsa.

La dismissione delle azioni di Aspem dal Comune di Varese alla A2A. non era avvenuta in conformità "*ai principi e alle disposizioni dell'Unione europea*

applicabili allo specifico affidamento” e l’art. 8, comma 1, l. 115 del 2015, recante modifica dell’art. 34, comma 22, d. l. n. 179 del 2012, era scaturito dalla procedura di infrazione aperta dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica Italiana proprio per la vendita da parte del Comune di Varese alla società A2A. del 90% del capitale sociale di Aspem, in quanto avvenuta senza il rispetto degli obblighi di pubblicità fissati dalla direttiva 2004/18/CE, senza garantire l’accesso a informazioni adeguate a tutti i potenziali acquirenti, senza predeterminazione e pubblicità dei criteri di selezione e aggiudicazione.

In secondo luogo il giudice di primo grado non condivideva l’assunto secondo cui non poteva nel caso applicarsi il termine del 31 dicembre 2018 vista l’antecedenza del contratto tra il Comune ed Aspem rispetto al citato art. 8 co.1 l.115 del 2015 poiché, a prescindere dalla genesi della disposizione, sarebbe stato irragionevole sottrarre agli esiti di tale norma proprio la fattispecie concreta per disciplinare la quale la disposizione medesima era stata approvata.

Né poteva sostenersi che la vigenza del contratto sino alla scadenza pattuita del 31 dicembre 2030 sarebbe stata conforme all’art. 3-bis, comma 2-bis, d. l. 138 del 2011, all’art. 43 direttiva 2014/24/UE e all’art. 27, comma 2 bis, d. lgs. 175 del 2016.

L’art. 8 co. 1 l. 115 del 2015 è legge posteriore al d. l. 138 del 2011 e dunque è rispetto a questo prevalente, nel corso dell’iter approvativo dell’articolo 8, comma 1, senza dimenticare che nella sua approvazione non era stato inserito l’inciso che intendeva fare salvo l’articolo 3-bis, comma 2-bis, d. l. 138 citato.

Ancora, l’art. 43 della direttiva 2014/23/UE, approvata successivamente alla privatizzazione di Aspem e l’art. 27, comma 2 bis, d. lgs. 175 del 2016, entrato in vigore in data il 27 giugno 2017, non erano applicabili al caso di specie *ratione temporis*, senza prescindere dal fatto che tali disposizioni avevano confermato che la dismissione di partecipazioni nelle società pubbliche e la scelta del socio privato nelle società miste dovesse comunque avvenire nel rispetto dei principi di

pubblicità, trasparenza e non discriminazione.

Il giudice di primo grado concludeva dunque che l'affidamento ad Aspem ora Acsm-Agam Ambiente s.r.l. era cessato *ex lege* il 31 dicembre 2018.

Dunque, non essendo più produttivo di effetti il contratto di servizio, la ricorrente non aveva più alcun interesse alle ulteriori censure dedotte, poiché la medesima azienda nelle vesti dell'attuale gestore del servizio che ambiva a conservare sino alla scadenza originaria e l'annullamento degli atti adottati dal Comune al fine di aggiudicare mediante gara il nuovo contratto di servizio non sarebbe stato di alcuna utilità, non permettendo a eventuale atto giuridico la riviviscenza di un rapporto oramai definitivamente estinto *ex lege*, né sussisteva interesse a contestare l'atto di affidamento transitorio del servizio, trattandosi di un atto favorevole.

Per cui il ricorso principale e i tre ricorsi per motivi aggiunti erano in parte infondati ed in parte inammissibili e complessivamente da respingere.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 22 agosto 2019 la Acsm – Agam Ambiente s.r.l. impugnava la sentenza in base alle seguenti censure:

1. Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui rigettando la censura proposta dall'odierna appellante, ha sostenuto che la gestione del servizio di igiene urbana affidata a Acsm – Agam Ambiente s.r.l. scadesse il 31 dicembre 2018.

2. Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha respinto per difetto di interesse le altre censure proposte in primo grado dalla ricorrente nei confronti degli atti impugnati dal Comune di Varese. L'appellante reiterava le censure proposte in primo grado e ritenute inammissibili dal Tribunale amministrativo a seguito della ritenuta infondatezza delle censure sub 4).

3. Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha respinto, per difetto di interesse, le censure proposte in primo grado dalla ricorrente nei confronti della determinazione dirigenziale 28 dicembre 2018 n. 2204 di proroga del servizio fino al 30 settembre 2019.

La Acsm – Agam Ambiente concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

Si è costituito in giudizio il Comune di Varese chiedendo il rigetto dell'appello ed è nuovamente intervenuta *ad opponendum* la I.G.M. Rifiuti Industriali s.r.l., quale aggiudicataria provvisoria della gara successivamente svoltasi per l'aggiudicazione del servizio al tempo affidato all'appellante.

All'udienza del 2 luglio 2020 la causa è passata in decisione.

Con il primo ed essenziale motivo l'appellante rileva che l'ingresso di A2A nella compagine di Aspem era avvenuta nel 2008 in seguito a procedura concorsuale nel pieno rispetto dei principi in materia di concorrenza; l'assunto del giudice di primo grado secondo cui l'art. 8 co. 1 l. 115 del 2015 era del tutto errato, poiché gli atti della Commissione europea inerenti l'asserita infrazione dell'Italia in merito alla questione in narrazione non potevano assurgere al rango di pronuncia giurisdizionale e comportare un'illegittimità a carico della cessione delle quote; in secondo luogo l'art. 8 citato comporta la salvezza degli atti negoziali se anteriori alla data della propria vigenza, oltretutto non si era trattato di un nuovo affidamento, ma della cessione delle quote del Comune ad A2A; in terzo luogo tale interpretazione era avvalorata da altre norme come l'art. 3 bis comma 2 bis del d. l. 138 del 2011 introdotto dall'art. 1 comma 609 lett. b) l. 190 del 2014, tenendo conto della regolarità della cessione delle quote.

Il motivo è complessivamente infondato.

Deve dapprima essere sgombrato il campo delle tesi sull'assenza di vincoli derivanti dalla direttiva europea e soprattutto dagli atti della Commissione, in quanto non essendo atti formalmente e sostanzialmente giurisdizionali e perciò equiparabili alle pronunce della Corte di Giustizia non potevano comportare obblighi diretti a carico della Repubblica italiana oppure delle sue articolazioni periferiche, nella specie un ente territoriale come un Comune.

Vanno riprese sul punto le corrette difese del Comune appellato, secondo cui l'ufficio competente della Commissione europea (proprio con riferimento al servizio di igiene ambientale del Comune di Varese): *'Dans ces conditions, il*

semble clair que proroger au-delà du 31 décembre 2018 un des contrats qui rentrent dans le champ d'application de la disposition susmentionnée constituerait une violation de la loi italienne et du droit de l'UE, violation qui pourra être sanctionnée par les tribunaux italiens." (In queste condizioni, appare evidente che prorogare oltre il 31 dicembre 2018 uno dei contratti che rientrano nell'ambito applicativo della disposizione suddetta costituirebbe una violazione della legge italiana e del diritto dell'Unione Europea, violazione che potrà essere sanzionata dagli organi giurisdizionali italiani).

Va rammentato che il tutto va inquadrato nell'apertura di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia della direttiva 2004/18/CE ed in particolare, tra gli altri, dell'art. 36, in cui si dispone che "Lo sviluppo di una effettiva concorrenza nel settore degli appalti pubblici richiede una pubblicità comunitaria dei bandi di gara redatti dalle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri. Le informazioni contenute in tali bandi devono permettere agli operatori economici della Comunità di valutare se gli appalti proposti li interessano. A tal fine occorre fornire loro una sufficiente conoscenza dell'oggetto dell'appalto e delle relative condizioni. È pertanto opportuno garantire una migliore visibilità dei bandi pubblicati, mediante strumenti appropriati, come i formulari standard di bandi di gara e la nomenclatura "Vocabolario comune per gli appalti" (CPV) ("Common Procurement Vocabulary"), previsto dal regolamento (CE) n. 2195/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, come la nomenclatura di riferimento per gli appalti pubblici. Nelle procedure ristrette, la pubblicità dovrebbe mirare più in particolare a permettere agli operatori economici degli Stati membri di manifestare il loro interesse per gli appalti, sollecitando dalle amministrazioni aggiudicatrici un invito a presentare un'offerta in conformità alle condizioni prescritte."

All'apertura della procedura di infrazione era seguito in seguito ai chiarimenti forniti dall'attuale appellante, il parere motivato della Commissione del 17 ottobre 2014 con cui era stato ribadito che "*Poiché i Comuni di Varese (...) hanno assegnato e mantengono in essere senza alcuna procedura di gara i servizi di*

igiene urbana alla società Aspem Spa, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi imposti agli artt. 28, 35 e 36 della direttiva 2004/8/CE o – nel caso di concessioni – degli artt. 49 e 56 del TFUE”.

La procedura di infrazione che riguardava appunto la fattispecie concreta ora in esame aveva portato all'art. 8 comma 1 della l. 29 luglio 2015 n. 115, il quale recita testualmente: *“Il comma 22 dell'articolo 34 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, è sostituito dal seguente:*

«22. Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 31 dicembre 2004 a società a partecipazione pubblica già quotate in mercati regolamentati a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile alla medesima data, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020. Gli affidamenti diretti a società poste, successivamente al 31 dicembre 2004, sotto il controllo di società quotate a seguito di operazioni societarie effettuate in assenza di procedure conformi ai principi e alle disposizioni dell'Unione europea applicabili allo specifico affidamento cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2018 o alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto, se anteriori».

Tale norma aveva sostituito in dichiarata composizione della procedura di infrazione il precedente comma 22 dell'articolo 34 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nel testo vigente dal 22 febbraio 2014, secondo il quale *“Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o*

negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020.”

Da tutto emerge con tutta evidenza che non si è trattato di eseguire atti della Commissione UE alla stregua di pronunce giurisdizionali, ma tali atti hanno portato ad una modificazione legislativa di tipo “transattivo” che ha evitato un giudizio dinanzi alla Corte di Lussemburgo, sono atti legislativi nazionali che il Comune di Varese ha attuato, dunque non si possono evocare pretese ottemperanze ai desiderata di un organo non giurisdizionale come la Commissione UE.

Abbiamo dunque gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data che potevano cessare alla scadenza contrattuale o in assenza di questa al 31 dicembre 2020, andranno invece a cessare il 31 dicembre 2018, allorché tali affidamenti diretti a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data siano avvenuti a seguito di operazioni societarie effettuate in assenza di procedure conformi ai principi e alle disposizioni dell'Unione europea applicabili allo specifico affidamento.

La modificazione legislativa appare una fedele applicazione nell'ordinamento nazionale del sopra menzionato dettato di cui all'art. 36 della direttiva 2004/18/CE. Definita la correttezza in via astratta dell'operato del Comune di Varese, va vagliato nello specifico se l'affidamento al soggetto sociale ora denominato Acsm-Agam Ambiente s.r.l. è avvenuto nei confronti di una società che aveva rispettato nei suoi passaggi di capitale, l'art. 36 ora citato oppure la vendita da parte del Comune di Varese alla società A2A. del 90% del capitale sociale di Aspem, in quanto avvenuta senza il rispetto degli obblighi di pubblicità fissati dalla direttiva 2004/18/CE, senza garantire l'accesso a informazioni adeguate a tutti i potenziali acquirenti, senza predeterminazione e pubblicità dei criteri di selezione e aggiudicazione.

Secondo la pronuncia impugnata la vendita del 90% del capitale sociale di ASPEM

ad A2A sarebbe avvenuta “*in assenza di procedure conformi ai principi e alle disposizioni dell’Unione europea*” e ciò emergerebbe dalla deliberazione del consiglio comunale di Varese n. 15 del 7 maggio 2008 in base alla quale la scelta del contraente privato era stata effettuata attraverso una procedura comparativa ristretta a tre soli operatori nazionali (A2A, Linea Group Holding s.r.l. e Ascopiave s.p.a.), individuati da una ricerca di mercato non pubblicizzata, le cui offerte erano state fra loro comparate sulla base di criteri non preventivamente cristallizzati all’interno di un bando di gara pubblico; il tutto senza garantire l’accesso a informazioni adeguate a tutti i potenziali acquirenti, senza alcuna predeterminazione e pubblicità dei criteri di selezione e aggiudicazione, né sarebbe stato riscontrabile l’individuazione dei tre operatori economici posti in competizione tra loro al fine di individuare il socio privato da fare entrare nella compagine sociale, né quali fossero i criteri predeterminati in forza dei quali dovesse essere preferito il progetto di uno dei tre.

Tanto quanto affermato dal Tribunale amministrativo va confermato pienamente.

La deliberazione del consiglio comunale di Varese 7 maggio 2008 n. 15, dalla quale è partita l’operazione di cessione delle quote comunali ad A2A sotto l’impulso di deliberazioni di indirizzo della Giunta del 2006, ha scelto di approvare per le ragioni e motivazioni di interesse pubblico generale enunciate nelle premesse e che risultavano altresì strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, il progetto di aggregazione secondo l’offerta presentata dal Gruppo A2A S.p.a. il 12 marzo 2008, che prevedeva la proposta di aggregazione societaria del Gruppo Aspem S.p.a., preso atto dei contenuti riassuntivi del documento di valutazione sulle prospettive di riposizionamento strategico industriale delle società del gruppo Aspem come elaborato dall’*advisor* Meliorbanca S.p.a., effettuato un esame sulla divisione del mercato dell’Italia del nord delle *multiutilities* di natura pubblica ivi operanti, del contenuto delle offerte delle tre Società prima nominate, del loro bacino di utenza, dell’ipotetico sviluppo societario di queste, delle

prospettive che ognuna avrebbe potuto offrire alla Aspem e quindi deciso l'individuazione di A2A come cessionario delle quote.

Tale operazione è senza ombra di dubbio un'operazione di carattere finanziario-privatistico, che al di là dei contenuti di merito e di opportunità, nulla ha a che vedere con le procedure ad evidenza pubblica imposte dall'art. 36 della direttiva 2004/18/CE, in quanto ha avuto uno sviluppo esclusivamente interno senza una predeterminazione e relativa pubblicità dei criteri per detta individuazione, né tale individuazione è avvenuta secondo un punteggio determinato, ma in base ad una scelta del tutto discrezionale avvenuta con la guida di un *advisor* alla stregua di fusioni, cessioni, o altre operazioni societarie tipiche nel campo delle società private, quotate o non.

In conclusione l'appello deve essere respinto, dato che la fattispecie rientra pienamente nell'art. 8 comma 1 della l. 29 luglio 2015 n. 115, ovvero sia nel testo vigente del comma 22 dell'art. 34 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, norma emanata ad hoc e ciò esime il Collegio da ogni altra considerazione in merito alle ulteriori censure svolte, strettamente dipendenti dalla questione finora esaminata: per cui il rapporto tra Comune di Varese e Aspem non poteva che concludersi con il 31 dicembre 2018 con la conseguente legittimità degli atti di avvio per l'individuazione di un nuovo gestore.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano a favore del Comune secondo quanto indicato in dispositivo, mentre vanno compensate nei confronti della società I.G.M. Rifiuti Industriali S.r.l., la cui posizione resta comunque nello sfondo, al di là delle su vicende evocate dall'appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio a favore del Comune di

Varese liquidate in complessivi € 6.000,00 (seimila/00) oltre agli accessori di legge.

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

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

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaele Prosperi

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO