



AmbienteDiritto.it

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 12.12.2018 N. 7030

Nota a Sentenza.

Giulia Milo

Ricercatrice in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Trieste

[Consiglio di Stato, Sez. V, 12.12.2018 n. 7030](#)

MASSIMA

Le determinazioni della società pubblica di dismettere quote azionarie di società a sua volta a capitale interamente pubblico, che svolge attività di servizio pubblico non è soggetta alle norme sull'evidenza pubblica, e nemmeno a quelle sulla contabilità generale dello Stato, risolvendosi in un'operazione che l'ente pone in essere con modalità privatistiche, dovendosi soltanto attenere ai generali principi di trasparenza e non discriminazione, con conseguente giurisdizione del Giudice Ordinario su gli atti di tale procedura.

Non rileva il fatto che la cessione riguardi quote di una società in house costituita per la gestione di servizi pubblici, atteso che gli interessi che rilevano in via immediata nella procedura di dismissione

delle quote restano di rango paritetico ed assumono la qualificazione di diritti soggettivi, restando, dunque, soggetti alle norme di diritto civile.

La determinazione della società pubblica di utilizzare lo strumento della procedura aperta per la dismissione delle quote detenute, non è imposta da previsioni normative, ma è il frutto di una libera scelta della società che non può influire in ordine ai predeterminati criteri di riparto della giurisdizione, secondo il principio del giudice naturale precostituito per legge.

NOTA

Una società a capitale interamente pubblico che gestisce servizi pubblici in house ha deliberato la dismissione della propria partecipazione (pari al 99% del capitale sociale) in altra società a sua volta a capitale interamente pubblico, che svolge l'attività di raccolta dei rifiuti. Per l'individuazione del cessionario è stata indetta un'asta pubblica con offerte segrete da confrontare con la base d'asta, ex articolo 73, comma 1, lettera c), R.D. n. 827/1924.

Il provvedimento di aggiudicazione è stato oggetto di impugnazione da parte della seconda classificata davanti al Giudice amministrativo.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia con la sentenza 07/11/2017 n. 344 ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo indicando il Giudice Ordinario come Giudice competente.

Secondo il TAR FVG la società a capitale interamente pubblico non è una pubblica amministrazione ma un soggetto di diritto privato. Vi sarebbe giurisdizione del giudice Amministrativo su gli atti della procedura di cessione del pacchetto azionario se vi fosse una disposizione legislativa che vincoli la società a seguire la procedura ad evidenza pubblica. Secondo il TAR tali disposizioni legislative non esistono perché il d. lgs. n. 175/2016, recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, disciplina le operazioni societarie (costituzione-acquisto-cessione) svolte da pubbliche amministrazioni, ma una società pubblica non è in alcun modo assimilabile ad una pubblica amministrazione e pertanto la scelta di indire un'asta pubblica non è stata imposta da norme cogenti ma è consistita in un autovincolo di sottoporre la propria azione al rispetto di regole procedurali non obbligatorie, come tale non idoneo a incidere sul Giudice naturale precostituito dalla legge.

Il Consiglio di Stato ha confermato la decisione del TAR FVG richiamando la decisione della Cass. Civ., S.U., 20 settembre 2013, n. 21588 secondo la quale, sulla base di una giurisprudenza consolidata, *“spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto l'attività unilaterale prodromica alla vicenda societaria, considerata dal legislatore di natura pubblicistica, con la quale un ente pubblico delibera di costituire una società o di parteciparvi o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima o di interferire, nei casi previsti dalla legge, nella vita della stessa. Sono, invece, attribuite alla giurisdizione ordinaria le controversie aventi ad oggetto gli atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzo del modello societario, i quali restano interamente soggetti alle regole del diritto commerciale proprie del modello recepito”*.

Ebbene secondo il Consiglio di Stato la decisione di cedere quote societarie da parte di una società pubblica è sicuramente una scelta a valle della decisione degli enti pubblici di costituire tale società, considerato che, per effetto di essa, il soggetto pubblico si ritrae completamente dalla vicenda.

Da qui l'assenza di obblighi procedurali nella scelta del contraente e la giurisdizione del Giudice Ordinario.

La decisione assunta dalla sentenza desta qualche perplessità laddove statuisce che *“non rileva il fatto che la cessione riguardi quote di una società in house costituita per la gestione di servizi pubblici”* poiché nella procedura di dismissione sono coinvolte situazioni soggettive di natura paritetica.

In effetti le quote azionarie cedute riguardano una società che gestisce servizi pubblici e pertanto nell'acquisire tali quote si diviene in parte proprietari di una società che ha avuto in affidamento un servizio pubblico ed un tanto pare non possa che avvenire all'esito di una procedura ad evidenza pubblica.

Di una situazione simile, in cui però la cessione di quote avveniva a favore di soggetti privati, si era occupata l'ANAC¹, arrivando a conclusioni diametralmente opposte rispetto alla sentenza annotata, affermando che la vendita diretta delle quote sociali in assenza di procedura ad evidenza pubblica non è conforme ai principi di trasparenza, imparzialità e concorrenza che devono ispirare anche l'azione delle società a partecipazione pubblica.

In precedenza anche il Giudice amministrativo², in occasione della cessione da parte di un ente pubblico di quote di una società in house aveva affermato la necessità di procedure ad evidenza pubblica e del tutto la nullità dell'eventuale negozio in assenza di tali procedure per violazione di norme imperative. Tale statuizione è stata però smentita in una successiva sentenza³.

In effetti a che scrive pare che nella sentenza in commento, e in quelle analoghe che l'hanno preceduta, non si sia adeguatamente considerato che nella cessione di quote di una società in house si sta cedendo la proprietà del soggetto che sta gestendo un servizio pubblico e dunque, come nella scelta del socio privato iniziale della società in house vanno seguite procedure ad evidenza pubblica, così anche nella successiva alienazione di quote della medesima società vanno seguite le stesse procedure.

Dall'obbligo di seguire procedure ad evidenza pubblica discende anche la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 comma 1, lette. e) n. 1 del codice del processo amministrativo.

¹ Delibera numero 677 del 28 giugno 2017

² Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2016, n.4014.

³ Cons. Stato sez. V, 24 aprile 2017, n.1894, ove, *“Ne risulta confermato, quindi, che la dismissione della partecipazione costituisce atto che i soci pubblici compiono iure privatorum e senza obbligo di puntuale rispetto delle norme a evidenza pubblica, bensì, come si è visto, soltanto dei principi di non discriminazione e trasparenza, per cui gli atti di cui si chiede ora l'annullamento -in quanto aventi a oggetto il destino delle partecipazioni azionarie e, quindi, la "posizione di soci" che gli enti pubblici occupano all'interno della società vedono le parti private su un piano sostanzialmente paritetico, il che esclude anche la possibilità di configurare la generale giurisdizione del giudice amministrativo, perché a essere azionate sono posizioni aventi natura di diritto soggettivo (e non di interesse legittimo), ancorché subordinati al corretto andamento della procedura selettiva.”.*

Pubblicato il 12/12/2018

N. 07030/2018REG.PROV.COLL.

N. 09013/2017 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 numero di registro generale 9013 del 2017, proposto da

Ambiente Servizi Venezia Orientale – A.S.V.O. S.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Zambelli, Luisa Parisi, Mario Ettore Verino, con domicilio eletto presso lo studio Mario Ettore Verino in Roma, via Barnaba Tortolini n. 13;

contro

Exe S.p.a. in liquidazione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Caterina Bertoli, con domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

Commissione giudicatrice presso Exe S.p.a, Responsabile unico del procedimento (Rup), Aldo Mazzola, presso la sede di Exe S.p.a. non costituiti in giudizio;

Ambiente Servizi S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Manzi, Andrea Manzi, Gianni Zgagliardich, con domicilio eletto presso lo studio Luigi Manzi in Roma, via F. Confalonieri n. 5;

nei confronti

M.T.F. S.r.l., Comune di Caorle, Comune di San Vito al Tagliamento, Comune di Stra, Comune di Mira, Comune di Gruaro, Comune di Pramaggiore, Comune di Porcia, Comune di Spilimbergo, Veneziana Energia Risorse Idriche Territorio Ambiente Servizi - V.E.R.I.T.A.S. s.p.a., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) n. 00344/2017, resa tra le parti, con cui il giudice amministrativo ha declinato la giurisdizione sulla controversia concernente il provvedimento del 5.5.2017 di aggiudicazione definitiva in favore di Ambiente Servizi s.p.a. della procedura ad evidenza pubblica per la cessione delle quote sociali di M.T.F. S.r.l.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Exe s.p.a in liquidazione e di Ambiente Servizi s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 105, co. 2 e 87, co. 3, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2018 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Verino Mario Ettore, Zambelli Franco, Manzi Andrea, Zgagliardich Gianni, Corbyons su delega di Bertoli Caterina;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società Ambiente Servizi Venezia Orientale – A.S.V.O. S.p.a. ha preso parte alla procedura di evidenza pubblica indetta da Exe S.p.a., società a totale partecipazione pubblica, per la dismissione totale delle quote sociali di M.T.F. S.r.l., società in house che gestisce il servizio pubblico di igiene urbana in favore del Comune di Lignano Sabbiadoro.

Con ricorso innanzi al T.A.R. Friuli Venezia Giulia l'istante ha impugnato gli atti con i quali l'amministrazione comunale ha aggiudicato la procedura succitata alla società controinteressata Ambiente Servizi S.p.a., unica altra partecipante alla procedura di gara.

Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe, il T.A.R. Friuli Venezia Giulia ha declinato la giurisdizione, ritenendo sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

La società Ambiente Servizi Venezia Orientale – A.S.V.O. S.p.a. ha proposto appello per ottenere la riforma di tale sentenza, assumendo in relazione alla declinazione della giurisdizione del giudice amministrativo che la dismissione del totale delle quote da parte di Exe (il 99% di MTF) sarebbe stata eseguita nell'ambito della procedura prevista dal d.lgs. n. 175/2016 e, trattandosi di dismissione da parte di società a totale capitale pubblico di quote di società in house per la gestione di servizi pubblici locali, la cessione rivestirebbe natura autoritativa, soggetta alla giurisdizione del Giudice Amministrativo. Ciò sarebbe confermato dal fatto che la cessione alla controinteressata è avvenuta con gara pubblica, a cui avevano partecipato A.S.V.O. S.p.a. e Ambiente Servizi S.p.a.

L'appellante ha, poi, riproposto le censure dedotte in primo grado.

Si sono costituiti in giudizio Exe S.p.a in liquidazione e Ambiente Servizi S.p.a., eccependo l'inammissibilità delle censure concernenti il merito della controversia e chiedendo, in ogni caso, il rigetto del ricorso.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

Alla camera di consiglio del 29 novembre 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Deve premettersi che in questa sede rileva solo la questione di giurisdizione sollevata dall'appellante, risultando, allo stato, inammissibili tutti gli ulteriori motivi dedotti dall'appellante.

L'appello non merita accoglimento, atteso che, come già statuito dalla sezione, le determinazioni della società pubblica di dismettere l'intero pacchetto azionario costituiscono "scelta a valle" del modello societario, anche considerato che, per effetto di essa, il soggetto pubblico si ritrae completamente dalla vicenda, lasciandovi solo soggetti privati, per cui non si pongono problemi di selezione pubblicistica di un socio destinato a usufruire della collaborazione privilegiata con il soggetto pubblico, come accade, invece, nella fase iniziale di scelta del partner privato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2017, n. 1894).

Ed invero, come risulta dal costante orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte in tema di riparto di giurisdizione in materia di società a partecipazione pubbliche: "In tema di riparto di giurisdizione, spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto l'attività unilaterale prodromica alla vicenda societaria, considerata dal legislatore di natura pubblicistica, con la quale un ente pubblico delibera di costituire una società o di parteciparvi o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima o di interferire, nei casi previsti dalla legge, nella vita della stessa. Sono, invece, attribuite alla giurisdizione ordinaria le controversie aventi ad oggetto gli atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzo del modello societario, i quali restano interamente soggetti alle regole del diritto commerciale proprie del modello recepito. Ne consegue che appartengono alla giurisdizione ordinaria le domande relative alla validità ed efficacia della costituzione della società mista pubblico-privata, nonché all'acquisizione, da parte del socio privato minoritario, del quarantanove per cento delle azioni della società stessa, mentre appartengono al giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto la procedura di selezione del socio privato, la conseguente aggiudicazione, nonché quella relativa all'affidamento della gestione del servizio" (Cass. Civ., S.U., 20 settembre 2013, n. 21588).

La dismissione di quote azionarie pubbliche non è, infatti, soggetta alle norme sull'evidenza pubblica, e nemmeno a quelle sulla contabilità generale dello Stato, risolvendosi in un'operazione che l'ente pubblico pone in essere con modalità privatistiche, dovendosi soltanto attenere ai generali principi di trasparenza e non discriminazione; né, ai fini della sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a., è sufficiente che la controversia rientri, in termini generali, nella materia «servizi pubblici», occorrendo, pur sempre, che l'amministrazione abbia agito esercitando il proprio potere autoritativo (cfr. T.a.r. Sardegna, 7 aprile 2017, n. 244).

Né rileva in alcun modo la circostanza per la quale, nella fattispecie all'esame del collegio, la cessione riguardi quote di una società in house costituita per la gestione di servizi pubblici, atteso che gli interessi che rilevano in via immediata nella procedura di dismissione delle quote restano di rango paritetico ed assumono la qualificazione di diritti soggettivi, restando, dunque, soggetti alle norme di diritto civile.

Non assume rilievo, infine, neppure il fatto che la società Exe abbia utilizzato lo strumento della procedura aperta per la dismissione delle quote detenute, atteso che tale determinazione non è stata imposta dalle previsioni normative, ma è il frutto di una libera scelta della società che non può influire in ordine ai predeterminati criteri di riparto della giurisdizione, secondo il principio del giudice naturale precostituito per legge (cfr. anche su tale punto Cons. Stato, sez. V. n. 1894/2017; nello stesso senso, in precedenza: Cons. Stato, Ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16).

La presente controversia è, dunque, soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario, come correttamente statuito dal giudice di primo grado.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi, in relazione alle peculiarità delle questioni trattate, per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Elena Quadri

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO