

GIURISDIZIONE: Società in house - Sentenza del giudice ordinario intervenuta in materia di società in house - Ottemperanza - Giurisdizione del giudice ordinario.

Tar Sicilia - Palermo, Sez. I, 24 maggio 2021, n. 1660

“[...] la società di capitali con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché gli enti pubblici (Comune, Provincia e simili) ne posseggono le partecipazioni, in tutto o in parte, in quanto non assume alcun rilievo, per le vicende societarie, la persona dell'azionista, dato che la società, quale persona giuridica privata, opera, comunque, nell'esercizio della propria autonomia negoziale [...]

[...] nell'ambito dell'ordinamento nazionale (che solo rileva ai fini specifici) non è prevista - per le società in house così come per quelle miste - alcuna apprezzabile deviazione rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, nel senso che la posizione dei Comuni all'interno della società è unicamente quella di socio in base al capitale conferito; donde soltanto in tale veste l'ente pubblico può influire sul funzionamento della società, avvalendosi non di poteri pubblicistici, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri presenti negli organi della società.

[...] la scelta di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico comporta, in ogni caso, che queste assumono i rischi connessi alla loro insolvenza, anche ai fini dell'assoggettabilità a fallimento, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto e attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità [...].

FATTO e DIRITTO

Con ricorso, ritualmente notificato e depositato, il signor Angelo Bellia ha chiesto l'ottemperanza alla sentenza n. 841/2019, resa dal Tribunale di Agrigento, sezione lavoro, in data 27 giugno 2019, nei confronti della Dedalo ambiente Ag 3 s.p.a. in liquidazione e della S.r.l. Ato 4 Agrigento Provincia Est, oltre alla nomina di un commissario ad acta, vinte le spese.

Dedalo ambiente Ag 3 s.p.a. in liquidazione ed S.r.l. Ato 4 Agrigento Provincia Est, seppur ritualmente intimata, non si sono costituite in giudizio.

Alla camera di consiglio dell'11 marzo 2021, la causa è stata posta in decisione.

Con ordinanza collegiale n. 982 del 30 marzo 2021, sono stati prospettati dubbi in ordine alla sussistenza della giurisdizione amministrativa, relativamente ai quali il ricorrente ha formulato osservazioni con memoria.

Preliminarmente va esaminata la questione, posta d'ufficio al ricorrente, quale unico soggetto costituito in giudizio, della sussistenza della giurisdizione amministrativa, in ordine alla quale si riscontrano, nella giurisprudenza, due diversi orientamenti.

Prima di procedere al loro esame e all'esplicitazione delle ragioni per le quali il collegio, dopo approfondita riflessione, ritiene di rivedere la posizione recentemente assunta dalla sezione in un caso analogo e di aderire a quello negativo, va, però, chiarito che i due soggetti intimati nel presente giudizio, ovverosia la Dedalo ambiente Ag 3 s.p.a. in liquidazione e la S.r.r. Ato 4 Agrigento Provincia Est, sono società *in house* soggette a controllo analogo.

Come chiarito dalla giurisprudenza, nell'ambito di tale categoria rientrano le società, dotate di autonoma personalità giuridica, che presentano connotazioni tali da giustificare la loro equiparazione a un "ufficio interno" dell'ente pubblico (o degli enti pubblici) che le hanno costituite, di cui sono una sorta di *longa manus*, in quanto non sussiste tra l'ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale (in termini Consiglio di Stato, I, 7 maggio 2019, n. 1389).

Nella specie si tratta, rispettivamente, di una società per azioni in liquidazione e di una società consortile di capitali, entrambe a totale partecipazione pubblica, le quali sono state costituite (in adempimento di un preciso obbligo di legge) tra vari enti locali della Provincia di Agrigento per l'esercizio delle funzioni di gestione integrata dei rifiuti; la seconda è, in particolare, subentrata alla prima per effetto della l.r. n. 9 del 2010.

Si ha, pertanto, una situazione nella quale titolari del servizio pubblico essenziale sono e restano gli enti pubblici locali, mentre la società partecipata è soltanto il mezzo obbligatoriamente imposto dal legislatore per la gestione del ciclo integrato dei rifiuti nell'ambito territoriale di riferimento.

A ben vedere, si tratta di un fenomeno che s'inserisce nella più ampia tendenza dell'ordinamento ad accogliere una nozione "funzionale" e "cangiante" di ente pubblico, in base alla quale si ammette che uno stesso soggetto possa avere tale natura a certi fini, conservando, però, rispetto ad altri aspetti il regime normativo privatistico; in tali ipotesi l'ente, limitatamente allo svolgimento dell'attività procedimentalizzata, diviene, di regola, "ente pubblico", a prescindere dalla sua connotazione formale, ma lo diviene in maniera dinamica e mutevole, perché dismette quella veste quando svolge altre attività non procedimentalizzate (in termini Tar Veneto, I, 4 febbraio 2020, n. 132).

Ne deriva, relativamente al regime giuridico dell'impugnazione degli atti delle società *in house*, che resta ferma la giurisdizione del giudice amministrativo rispetto a quelli che incidono direttamente sull'erogazione del servizio e che, quindi, investono gli interessi della collettività (come, ad

esempio, gli atti delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento del servizio), mentre sussiste la giurisdizione ordinaria rispetto a quegli altri che attengono all'esecuzione del contratto societario, ovverosia alla "vita interna" (come, ad esempio, le procedure di reclutamento del personale, in relazione alla cui natura privata vedi Cassazione civile, sez. un., 27 marzo 2017, n. 7759, mentre sulla questione generale vedi TAR Sicilia, Catania, III, 25 gennaio 2010 con richiamo a Cassazione, 15 aprile 2005, n. 7799).

Più complessa è la questione relativa all'individuazione del giudice munito di giurisdizione in materia di ottemperanza, relativamente alla quale si registra un contrasto giurisprudenziale.

Secondo un primo orientamento, che è stato fatto proprio dalla sezione staccata di Catania (vedi sentenza n. 2393 del 5 settembre 2014), la questione va risolta alla luce dell'art. 7, comma 2, del codice del processo amministrativo, laddove si afferma che *"per pubbliche amministrazioni (...) si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo"*.

Si è, in particolare, affermato che tale disposizione chiarisce che il codice ha utilizzato la nozione di Pubblica amministrazione in senso lato, ricomprendendovi anche tutti i soggetti ad essa assimilati, tra i quali rientrano le società pubbliche di gestione dei rifiuti, le quali devono essere costituite obbligatoriamente tra gli enti pubblici locali territoriali e sono deputate alla cura di predomanti interessi pubblici, tant'è che devono rispettare i principi del procedimento amministrativo ed agiscono esercitando anche poteri di natura autoritativa.

Secondo un contrapposto orientamento, espresso nella sentenza della V sezione del Consiglio di Stato n. 502 del 3 febbraio 2015, l'equiparazione dei soggetti privati alla Pubblica Amministrazione di cui all'art. 7 c.p.a. sussiste solo nelle ipotesi in cui è la legge ad effettuarla, nonché nella misura in cui il soggetto privato è preposto all'esercizio di attività amministrative ed in relazione alle stesse.

Fatta tale precisazione, il Consiglio di Stato ha richiamato il successivo art. 112, che introduce una fondamentale distinzione tra le sentenze e i provvedimenti equiparati del giudice amministrativo e quelli del giudice ordinario.

Tale norma dispone, relativamente ai provvedimenti del giudice amministrativo, che *"devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti"*, così ponendo un generale principio di ammissibilità dell'azione proposta (anche) nei confronti di soggetti privati e non solo della pubblica amministrazione; per le sentenze passate in giudicato e gli altri provvedimenti ad esse equiparate del giudice ordinario statuisce, invece, che l'azione di ottemperanza può essere proposta *"al fine di*

ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato" o "alla decisione".

Il Consiglio di Stato ha condivisibilmente individuato la ragione dell'ampliamento della platea dei soggetti, nei cui confronti può essere chiesta l'esecuzione dei provvedimenti del giudice amministrativo (ma non anche del giudice ordinario), nella realizzazione del principio di effettività della tutela di cui all'art. 1 c.p.a., che, per espressa disposizione di legge, "*è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materia indicate dalla legge, dei diritti soggettivi*" (art. 7, comma 7, c.p.a.).

Ha, sotto tale profilo, rilevato che è evidente che non vi sarebbe tutela giurisdizionale effettiva se il giudice amministrativo, una volta emessa la sentenza, con statuizione definitiva e vincolante per tutte le parti, vedesse paralizzati i propri poteri d'intervento esecutivo per il fatto che la mancata esecuzione del giudicato è imputabile alla parte privata.

Ha, però, ritenuto che tali conclusioni riguardano solo ed esclusivamente le ipotesi in cui il giudicato da eseguire promana dal Giudice Amministrativo; laddove, invece, il giudizio di ottemperanza riguarda un giudicato ordinario nei confronti di un ente di diritto privato ha opinato diversamente nella considerazione che non si ravvisano le medesime esigenze di effettività e di concentrazione.

Ha concluso nel senso che l'art. 112 non può essere derogato qualora si chieda l'esecuzione di una decisione del giudice ordinario in materia di società in house preposte alla gestione di servizi pubblici locali, in quanto relativamente alle stesse non si ha nessuna delle condizioni indicate dall'art. 7, atteso che nessuna norma effettua l'equiparazione in via generale alla Pubblica Amministrazione (la quale, come detto, si ha solo relativamente ad alcuni atti) e che le decisioni per cui si chiede l'ottemperanza hanno matrice privatistica.

Così riassunte le due posizioni, il collegio, dopo attenta riflessione, ritiene di aderire al secondo orientamento, che ritiene maggiormente convincente anche in considerazione di quanto costantemente affermato dal Consiglio di Stato in materia di affidamenti *in house* e dalla Cassazione in materia di fallimento delle società a totale partecipazione pubblica.

Il Consiglio di Stato (vedi sentenza della V n. 2533 del 29 maggio 2017) ha, in particolare, precisato che il c.d. "controllo analogo" esercitato dall'amministrazione sulla società partecipata serve a consentire all'azionista pubblico di svolgere un'influenza dominante sulla società, se del caso attraverso strumenti derogatori rispetto agli ordinari meccanismi di funzionamento, così da rendere il legame partecipativo assimilabile a una relazione interorganica, la quale, tuttavia, non incide affatto sull'alterità soggettiva dell'ente societario nei confronti dell'amministrazione pubblica,

dovendosi mantenere pur sempre separati i due enti - quello pubblico e quello privato societario - sul piano giuridico - formale, in quanto la società in house rappresenta un centro d'imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante.

La Cassazione, sulla scia dei principi affermati nella decisione delle sezioni unite n. 4989 del 1995 (vedi di recente la sentenza n. 5346 del 22 febbraio 2019), ha, da canto suo, affermato che la società di capitali con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché gli enti pubblici (Comune, Provincia e simili) ne posseggono le partecipazioni, in tutto o in parte, in quanto non assume alcun rilievo, per le vicende societarie, la persona dell'azionista, dato che la società, quale persona giuridica privata, opera, comunque, nell'esercizio della propria autonomia negoziale.

Ha precisato che la natura di ente in house deriva da una visione sostanziale del fenomeno tipico dell'approccio funzionale seguito in sede Europea, nell'ambito del quale gli istituti giuridici elaborati a livello sovranazionale sono applicati sulla base della reale essenza della fattispecie concreta, a prescindere dalle qualificazioni formali vigenti negli ordinamenti dei singoli Paesi membri.

Ha anche rilevato che nell'ambito dell'ordinamento nazionale (che solo rileva ai fini specifici) non è prevista - per le società in house così come per quelle miste - alcuna apprezzabile deviazione rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, nel senso che la posizione dei Comuni all'interno della società è unicamente quella di socio in base al capitale conferito; donde soltanto in tale veste l'ente pubblico può influire sul funzionamento della società, avvalendosi non di poteri pubblicistici, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri presenti negli organi della società.

Ha, inoltre, affermato (vedi sentenza n. 3196 del 7 febbraio 2017) che la scelta di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico comporta, in ogni caso, che queste assumono i rischi connessi alla loro insolvenza, anche ai fini dell'assoggettabilità a fallimento, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto e attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità.

Illustrate le ragioni per le quali il collegio ritiene che non sussiste la giurisdizione amministrativa si deve, per completezza, rilevare che a diversa conclusione non può giungersi sulla base dell'orientamento delle Sezioni Unite in tema di equiparazione delle società in house agli enti pubblici (vedi sentenza 25 novembre 2013 n. 26283), in quanto la stessa riguarda esclusivamente il

tema della responsabilità amministrativo-contabile, in ordine al quale sussiste, però, una precisa disposizione, ovverosia l'art. 12 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al d.lgs.vo n. 175 del 2016.

Va, peraltro, rilevato che il successivo art. 14 prevede espressamente l'assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.

Può, pertanto, affermarsi che per il legislatore non esiste nel nostro ordinamento un tertium genus di società, oltre le società private e gli enti pubblici economici, cui applicare uno speciale statuto, con la conseguenza che le società in house vanno equiparate alle prime (pur con le precisazioni prima fatte), anche ai fini delle modalità di esecuzione delle sentenze del giudice ordinario, con conseguente preclusione del ricorso al rito dell'ottemperanza.

Concludendo, per tutte le ragioni esposte, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Alla declaratoria d'inammissibilità consegue l'applicazione dell'art. 11 del cod. proc. amm., laddove si statuisce che quando viene declinata la giurisdizione a favore di quella di altro giudice nazionale (nella specie Tribunale di Agrigento), ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda se il processo è riproposto innanzi allo stesso, entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato.

Nulla spese in assenza di costituzione delle società intimare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ferma restando la possibilità di riproporre il giudizio, ex art. 11 cod. proc. amm., davanti al Tribunale di Agrigento.

Nulla spese.

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

Così deciso in Palermo nelle camere di consiglio dei giorni 11 marzo 2021, 25 marzo 2021, 22 aprile 2021, 5 maggio 2021, con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Aurora Lento, Consigliere, Estensore

Luca Girardi, Referendario