

Pubblicato il 04/04/2022

N. 00964/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00220/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 220 del 2022, proposto da Patrimonio Messina s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Santi Delia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Messina, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Corvaja, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Consiglio Comunale Comune di Messina, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa idonea misura cautelare:

a) della delibera del Consiglio Comunale di Messina n. 692 del 29 dicembre 2021, pubblicata sull'albo pretorio comunale il successivo 30 dicembre, nella parte in cui dispone la messa in liquidazione della Patrimonio Messina S.p.a. ai sensi dell'art. 20, co. 2 lett b) D.lgs. n. 175/2016;

b) della nota del Presidente del Consiglio Comunale di Messina 30 dicembre 2021 con la quale viene diffidato il legale rappresentante della Patrimonio Messina S.p.a. a “sospendere tutte le procedure volte ad assumere personale all'interno della Società e a compiere qualsiasi atto o provvedimento che vada nella direzione opposta a quella espressa dal Consiglio Comunale”;

c) della delibera del Consiglio Comunale di Messina n. 21 del 7 febbraio 2022 con la quale, in esecuzione della delibera C.C. n. 692/21, viene disposta la messa in liquidazione della Patrimonio Messina S.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Messina;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2022 la dott.ssa Giuseppina Alessandra Sidoti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la deliberazione n. 114 del 1° luglio 2019, il Consiglio comunale di Messina ha approvato la costituzione della Patrimonio Messina S.p.a., società *in house providing*, a totale partecipazione pubblica con socio unico il medesimo Comune, avente ad oggetto “*la gestione, valorizzazione e dismissione del patrimonio immobiliare del comune di Messina al fine di realizzare investimenti secondo i criteri di mercato, nonché la gestione delle reti e degli impianti ai servizi pubblici locali*”.

Con la deliberazione del Consiglio Comunale di Messina n. 692 del 29 dicembre 2021, pubblicata sull'albo pretorio comunale il successivo 30 dicembre, avente ad oggetto la “*revisione periodica delle partecipazioni pubbliche art. 20 d. lgs. n. 175/2016 e ss.mm.ii. – ricognizione*”

partecipazione possedute – individuazione azioni di razionalizzazione per l'anno 2020”, si è disposta, per quanto di interesse, la messa in liquidazione della Patrimonio Messina S.p.a. ai sensi dell'art. 20, co. 2, lett b), del D.lgs. n. 175/2016.

Con deliberazione del Consiglio comunale n. 21 del 7 febbraio 2022, è stata conseguentemente deliberata la “*messa in liquidazione*” della società ricorrente.

1.1. Con il ricorso in esame, notificato in data 11 febbraio 2022 e depositato in pari data, la società ricorrente ha impugnato gli atti meglio indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento, previa sospensione degli effetti, per il seguente motivo:

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 20, co. 2 lett. b) d.lgs. n. 175/2016. Eccesso di potere per carenza di adeguata istruttoria. Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Difetto di motivazione.

Ritiene la società ricorrente che il Consiglio comunale l'avrebbe messa in liquidazione, ritenendo erroneamente esistenti i presupposti di cui al comma 2, lett. b), dell'art. 20 citato (società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti), atteso che invece la società ricorrente sin dalla sua costituzione avrebbe svolto la propria attività fruendo di personale distaccato e comandato da altre società partecipate del Comune di Messina e dal Comune stesso, con retribuzioni a carico della stessa società., da conteggiare ai fini del detto art. 20.

2. Si è costituito il Comune di Messina per resistere al giudizio, preliminarmente eccependo il difetto di giurisdizione in virtù della clausola compromissoria prevista dall'art. 30 dell'atto costitutivo.

Sussisterebbero, comunque, nel merito, i presupposti per la disposta messa in liquidazione ai sensi dell'art. 20, comma 2, lett. b) del TUSP (d. lgs. n. 175 del 2016).

3. A seguito di rinvio per acquisizione di atti, in vista della camera di consiglio parte ricorrente ha prodotto memoria e documentazione.

4. Alla camera di consiglio del 23 marzo 2022, previo avviso di possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., a seguito di discussione dei difensori, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. La vicenda contenziosa in esame ha ad oggetto la legittimità (o meno) delle deliberazioni del Consiglio comunale del Comune di Messina di messa in liquidazione della società ricorrente, adottate nell'ambito degli adempimenti di cui all'art. 20 del d. lgs. n. 175/2016 (*“Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche”*), a norma del quale le amministrazioni pubbliche effettuano annualmente, con proprio provvedimento, un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo, ove ricorrano i presupposti di cui al comma 2 del medesimo articolo, un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione.

2. Occorre preliminarmente esaminare l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal Comune di Messina, prevedendo l'art. 30 dell'atto costitutivo della Società la clausola compromissoria che delega a un collegio di tre arbitri rituali la definizione delle controversie relative alle delibere proposte da o contro il socio unico.

2.1. La questione sottoposta al Collegio è di giurisdizione, tenuto conto della circostanza che mentre lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione degli arbitri rituali (la cui attività - anche alla stregua della disciplina complessivamente ricavabile dalla l. n. 25/1994 e dal d. lgs. n. 40/2006 - ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario) o del giudice ordinario si configura come questione di competenza, il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione (v. Cass. civ. Sez. VI - 2 Ord., 16 novembre 2021, n. 34569; Cass., s.u., ord., 25

ottobre 2013, n. 24153; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 13 settembre 2016, n. 2153).

2.2. L'eccezione di difetto di giurisdizione è infondata.

Spetta alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo la cognizione della controversia avente ad oggetto la legittimità (o meno) delle deliberazioni del Consiglio comunale del Comune di Messina di messa in liquidazione della società ricorrente, adottate nell'ambito degli adempimenti di cui all'art. 20 del d. lgs. n. 175/2016 ("Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche"), in quanto gli atti in questione sono espressione del potere autoritativo delle amministrazioni pubbliche, teso, tra l'altro, all'esigenza di razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica (art. 1 d. lgs. n. 175 del 2016). Essi involgono posizioni di interesse legittimo finalizzato al corretto esercizio del potere da parte della società, la quale fa per l'appunto valere un interesse legittimo come aspirazione al conseguimento o al mantenimento di un bene o di una utilità in conseguenza dell'azione amministrativa (in tal caso al mantenimento in vita della società) a fronte dell'esercizio del detto potere autoritativo.

Ciò trova conferma nella giurisprudenza amministrativa e delle sezioni unite della Corte di Cassazione, secondo cui, in tema di riparto della giurisdizione, sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto l'attività unilaterale e prodromica, di natura pubblicistica, con la quale un ente pubblico delibera di incidere sulle vicende societarie (di costituzione, modificazione ed estinzione della società), mentre sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto gli atti societari che si pongono a valle della scelta di fondo di utilizzo del modello societario, le quali restano interamente soggette alle regole del diritto commerciale proprie del modello recepito (Consiglio di Stato, sezione V, 22 giugno 2020, n. 3969 e sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578; Corte di Cassazione, sezioni unite, 20 settembre 2013, n. 21588; T.A.R. Lombardia Milano Sez. I, 19 maggio 2021, n. 1212).

Va precisato che nel caso di specie non è ravvisabile una ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (come sostenuto, sia pur incidentalmente, dalle sent. Cass. s.u. n. 30167/2011 e n. 21588/2013, richiamate dalla società ricorrente), atteso che non vi è nella legge (e in particolare nel cod. proc. amm.) alcuna norma che riconosca che controversie quali quella di cui trattasi siano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Infatti, le controversie relative a provvedimenti concernenti le *“procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni da parte degli enti locali”* sono soggette al rito abbreviato di cui all’art. 119, c. 1, lett. c), c.p.a., ma ciò non implica che la cognizione delle relative controversie sia riservata dalla legge alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, limitandosi detta disposizione a dettare particolari regole (non sulla giurisdizione, ma) di procedura per la trattazione di tali giudizi (v. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 13 settembre 2016, n. 2153; T.A.R. Puglia – Lecce, sez. II, 12 marzo 2014, n. 751; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. III, 30 gennaio 2013, n. 200).

2.3. A quanto esposto consegue che la clausola compromissoria prevista dall’art. 30 dell’atto costitutivo della società ricorrente non può trovare applicazione nel caso di specie ai sensi dell’art. 12 c.p.a. (secondo cui le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli artt. 806 e ss. cod. proc. civ.), concernendo, come chiarito, la controversia interessi legittimi e non diritti soggettivi.

Detta disposizione (art. 12 d.lgs. n. 104/2010) è norma di stretta interpretazione, applicabile solo quando la posizione giuridica soggettiva azionata abbia consistenza di diritto soggettivo e sia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, di contro, non applicabile quando la posizione giuridica soggettiva azionata abbia natura di interesse

legittimo; ciò in quanto l'accordo delle parti, espresso nel patto compromissorio, comporta indirettamente una deroga alla giurisdizione, avendo l'effetto di affidare al giudice ordinario, in sede di impugnazione del lodo, la cognizione di controversie che, in assenza dell'arbitrato, sarebbero devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (cfr. ex multis, Cass., s.u. 27 luglio 2004, n. 14090; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 13 settembre 2016, n. 2153).

In ogni caso – e quindi anche ove in tesi dovesse ritenersi che la questione verta su diritti soggettivi e che la giurisdizione sia esclusiva (il che questo Collegio esclude per quanto sin qui detto) – la clausola compromissoria non potrebbe operare, atteso che l'art. 30 dell'atto costitutivo della società demanda al collegio arbitrale *“tutte le controversie aventi ad oggetto rapporti sociali, comprese quelle relative alla validità delle delibere assembleari”*, tra le quali non rientra, all'evidenza, quella in esame, ove l'oggetto è costituito dalle dette deliberazioni consiliari del Comune deputate agli adempimenti di cui all'art. 20 cit., da assumere nell'esercizio di poteri pubblicistici, avendo riguardo, tra l'altro, all'interesse pubblico di riduzione della spesa pubblica (art. 1 d. lgs. n. 175 del 2016).

3. Passando al merito, parte ricorrente deduce l'erroneità della motivazione e la carenza istruttoria nell'assunzione della determinazione di messa in liquidazione della società.

4. L'art. 20 del TUSP dispone che il processo di revisione investa le società con riferimento alle quali sussistono determinati parametri, tra cui il ricadere in una delle ipotesi previste dal comma 2.

In particolare, per quanto qui d'interesse, la lett. b) del detto comma 2 – ai sensi del quale si è disposta la messa in liquidazione della società ricorrente – stabilisce che *“[i] piani di razionalizzazione, corredati di un'apposita relazione tecnica, con specifica indicazione di modalità e tempi di attuazione, sono adottati ove, in sede di analisi di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche rilevino: ... b) società che risultino prive di*

dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti”.

Circa la portata precettiva dei parametri previsti dall'art. 20 che comportano il processo di revisione, la magistratura contabile ha condivisibilmente ritenuto che la ricorrenza di uno di essi non obblighi, necessariamente, l'amministrazione pubblica socia all'adozione di provvedimenti di alienazione o scioglimento, ma imponga l'esplicitazione formale di azioni di razionalizzazione anche differenti, soggette a verifica entro l'anno successivo (cfr. art. 20, comma 4, TUSP) ovvero il mantenimento della società.

Dalla normativa in esame emerge, da una parte, l'obbligatorietà della ricognizione (*“I piani di razionalizzazione...sono adottati ove...”*) e, dall'altra, la necessità di una motivazione da parte degli enti circa le misure adottate; in altri termini, la ricognizione annuale, incentrata sulla valutazione della ricorrenza dei parametri elencati nell'art. 20 TUSP, costituisce adempimento obbligatorio, mentre gli esiti possono essere vari e *“sono rimessi alla discrezionalità delle amministrazioni partecipanti, le quali sono tenute a motivare espressamente sulla scelta effettuata che può consistere sia nel mantenimento della partecipazione senza interventi sia in una misura di razionalizzazione”*, il cui contenuto può consistere in un *“piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione”* (delibera n. 29/SEZAUT2019/FRG; n. 27/SEZAUT2017/FRG e n. 23/SEZAUT2018/FRG).

Anche la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato la necessità di una congrua motivazione, sia in ordine alla scelta del mantenimento che della dismissione (Cons. Stato, sez. V, n. 5193/2016; id., sez. V, n. 2463/2017; id., n. 578/2019), quale essa sia.

5. Ciò posto il ricorso va accolto per la fondatezza delle assorbenti censure di difetto di istruttoria e di motivazione.

5.1. Va premesso che nel Piano di ricognizione e di revisione periodica delle partecipazioni societarie del Comune di Messina, corredato del parere di

regolarità tecnica e contabile nonché del parere del collegio dei revisori, allegato alla originaria proposta dell'Assessore e istruita dal Dipartimento competente (prima pertanto dell'emendamento) si prevedeva per la società ricorrente la misura del "mantenimento" e non interventi di razionalizzazione; si dava atto altresì delle ragioni di tale scelta, consistenti nel fatto che *"trattasi di società di gestione di servizi pubblici di interesse generale consentite dall'art. 4 del d. lgs. n. 175/2016"*; si dava atto, infine, dell'attività svolta, delle finalità perseguite e delle attività ammesse in capo alla società.

Ciò posto, con la deliberazione consiliare n. 692 del 29 dicembre 2021 di revisione periodica delle partecipazioni ex art. 20 cit., è stata approvata la proposta come emendata da alcuni consiglieri comunali - ossia con la sostituzione a pag. 5 rigo 6, relativo agli interventi da eseguire sulla Patrimonio Messina s.p.a., del testo *"non si prevedono interventi di razionalizzazione"* con il testo *"messa in liquidazione ai sensi dell'art. 20, co. 2 lett.b)"* -, la quale, però, non dettaglia le ragioni di tale mutamento.

L'emendamento, anch'esso comunque dotato di pareri favorevoli dei responsabili e del collegio dei revisori, in particolare, fa leva sul detto comma 2 lett. b) dell'art. 20, ma tale motivazione - l'essere la società priva di dipendenti o con un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti - viene affermata senza che sia esplicitato il percorso istruttorio e motivazionale seguito dal Comune per addivenire a tale diversa (rispetto all'originaria) determinazione, la quale, pertanto, non risulta in alcun modo supportata.

In particolare, la scelta del Comune avrebbe dovuto essere esternata con motivazione da inserire nella relazione tecnica per dare conto delle ragioni dell'ipotesi ritenuta sussistente (art. 20 comma 2 lett. b) e del modello scelto (messa in liquidazione) per affrontarla.

Tale adempimento (ossia la relazione tecnica e nel caso di specie il suo adeguamento a seguito dell'emendamento) viene previsto dall'art. 20 cit. come corredo *necessario* del piano di razionalizzazione ("*[i] piani di razionalizzazione, corredati di un'apposita relazione tecnica*"); esso "*è funzionale a consentire la ricostruzione dell'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione in relazione alle determinazioni assunte e alle valutazioni, anche economiche poste alla base delle conclusioni formalizzate nel piano di revisione ordinaria dell'Ente. A tal fine, la relazione tecnica dovrebbe contenere ogni dato e/o elemento di dettaglio necessario all'esercizio del controllo esterno affidato alla magistratura contabile sulle scelte di mantenimento della partecipazione o sulle misure di razionalizzazione impiegate*" (Corte dei Conti Toscana, Sez. controllo, 25 febbraio 2022 n. 13).

Ma la motivazione che sorregge la contestata determinazione finale non è stata esternata né nella relazione tecnica, né, in ogni caso, nell'emendamento, non risultando affatto in essi le ragioni per le quali si è ritenuto sussistere il parametro di cui all'art. 20 comma 2 lett. b) e le ragioni per le quali, a fronte di ciò, il Consiglio abbia optato per la liquidazione anziché per altre soluzioni.

5.2. Di contro, nel caso in questione la società risulta avere avuto in carica "*personale in servizio in regime di distacco fino al 30 giugno 2021, cinque dipendenti comunali e quattro dipendenti della spa Messinaservizibenecomune, per complessive nove unità*"; al momento dell'adozione della deliberazione in contestazione "*risultano distaccate due unità del Comune e quattro unità della MessinaserviziBenecomune*", con costo del personale in questione a carico della Società Patrimonio che rimborsa al Comune di Messina gli oneri retributivi e previdenziali corrisposti ai dipendenti.

Tanto emerge dalla documentazione in atti, e in particolare dalla nota del dirigente depositata in giudizio dalla Patrimonio s.p.a. - indirizzata al

Presidente del Consiglio comunale - resa a seguito di *“un approfondimento in materia”*, ove si riferisce, tra l'altro, l'orientamento giurisprudenziale che considera il personale in distacco o comando (come nel caso di specie) utile ai fini del computo del detto art. 20.

A tal riguardo, la giurisprudenza contabile ha in effetti chiarito che *“da un punto di vista sostanziale, l'utilizzo effettivo presso la società di risorse umane nella forma di dipendenti distaccati non sembra apparire in contrasto con la finalità del parametro legislativo espresso dalla lett. b), inteso ad individuare, nell'assenza di dipendenti o nell'esorbitanza del numero di amministratori rispetto ai dipendenti, un elemento di inefficienza aziendale, determinante la necessità di razionalizzazione”* (Corte dei Conti. Sez. Contr. Reg. Emilia Romagna, n. 97/2021).

Ne consegue che, come correttamente ritenuto dalla ricorrente, il Comune avrebbe dovuto considerare ai fini del detto art. 20 anche il personale in distacco o comando in servizio presso la società, ma, in ragione dell'assenza di motivazione, non è possibile verificare se il detto emendamento l'abbia considerato ai fini del computo.

Né conduce a diversa soluzione - rispetto alla rilevata carenza di istruttoria e di motivazione - l'argomento, introdotto dal Comune in sede di giudizio, secondo cui il numero degli amministratori sarebbe superiore ai dipendenti, e ciò poiché – in disparte la circostanza che i revisori non sono da considerare amministratori – si tratta di argomento (postumo) ancora una volta non dimostrato, avuto riguardo alla circostanza che nel conteggio del personale della società, come detto, va preso in considerazione anche il personale in comando e in distacco.

Nella deliberazione relativa alla ricognizione per l'anno 2020, infine, manca qualsivoglia considerazione sul dato del personale che abbia riguardo alle date di costituzione della società e dell'avvio della sua operatività, sì da consentire di apprezzare il complessivo ragionamento posto a base della decisione adottata.

5.3. Le ulteriori argomentazioni introdotte in giudizio dalla difesa del Comune sono estranee alle motivazioni che sorreggono gli atti impugnati (fondate sull'art. 20, co. 2, lett. b) cit.) e pertanto, costituendo motivazione postuma, sono inammissibili.

6. Conclusivamente, il ricorso merita accoglimento per l'accertato difetto di istruttoria e di motivazione e, per l'effetto, i provvedimenti impugnati vanno annullati.

Restano nondimeno salvi gli eventuali ulteriori atti dell'amministrazione da adottare nel rispetto delle coordinate conformative della presente sentenza (previa cioè adeguata istruttoria e motivazione).

7. Le spese possono essere, in via d'eccezione, compensate tra le parti in ragione della peculiarità e della parziale novità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, salvi gli ulteriori atti dell'amministrazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Agnese Anna Barone, Consigliere

Giuseppina Alessandra Sidoti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppina Alessandra Sidoti

IL PRESIDENTE
Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO