Sentenza n. 8 /2019/EL

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONI RIUNITE IN SEDE GIURISDIZIONALE

in speciale composizione

composta dai signori magistrati:

Mario PISCHEDDA	**Presidente**
Anna BOMBINO	**Consigliere**
Luisa D'EVOLI	**Consigliere**
Francesco TARGIA	**Consigliere**
Luisa DE PETRIS	**Consigliere**
Giuseppina MIGNEMI	**Consigliere**
Alessandro BENIGNI	**Consigliere relatore**

ha emanato la seguente

S E N T E N Z A

nel giudizio **n. 626/SR/EL** sul ricorso proposto dalla Società **Marche Multiservizi S.p.A.**, in persona dell'Amministratore Delegato e legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avv. Prof. Francesco Sciaudone, Prof. Bernardo Giorgio Mattarella, Adriano Pala Ciurlo, Flavio Iacovone e Gianluca Bucci, elettivamente domiciliata in Roma, Via Pinciana n. 25,

per l'annullamento

della deliberazione della Corte dei conti, Sezione di controllo per le Marche n. 39/2018/VSG del 25 ottobre 2018;

Visto il ricorso introduttivo del giudizio;

visti i decreti del Presidente della Corte dei conti che hanno determinato la composizione del Collegio, la fissazione d'udienza e la nomina dei relatori;

esaminati il ricorso e gli altri atti e documenti di causa;

uditi nella pubblica udienza del 23 gennaio 2019 il relatore, Cons. Alessandro Benigni, il Prof. Avv. Bernardo Giorgio Mattarella e l'Avv. Flavio Iacovone per la Società ricorrente e il rappresentante del Pubblico Ministero, nella persona del Vice Procuratore generale, Paolo Rebecchi;

FATTO

1. Con deliberazione n. 39 in data 25 ottobre 2018, la Sezione regionale di controllo per le Marche, nell'ambito delle verifiche sull'attuazione della previsione dell'art. 11 d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che ha approvato il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (Tusp), ha accertato che il consiglio di amministrazione di "*Marche Multiservizi S.p.A.*", qualificata società a controllo pubblico in considerazione del possesso della maggioranza dei voti sia in assemblea che in consiglio di amministrazione da parte di vari enti locali, è composto da nove membri, in violazione della disposizione sopra menzionata, che prevede di norma l'amministratore unico o in via eccezionale un consiglio di amministrazione composto al massimo da 5 membri. Conseguentemente, la Sezione ha segnalato "*l'esigenza che la*

società provveda a dare attuazione a quanto previsto dall'art. 11 cit.", accertando che "*la società Marche Multiservizi Spa, partecipata dal Comune di Urbania, ha omesso di dare attuazione alla disposizione di cui all'art. 11, c. 2 e 3 del D. Lgs. 175/16 relativi alla composizione dell'organo di amministrazione*".

2. Con il ricorso in epigrafe, notificato alle parti interessate mediante il servizio postale il 10 dicembre 2018 e depositato in segreteria il giorno successivo, "*Marche Multiservizi S.p.A.*", dopo avere premesso di avere appreso della deliberazione sopra menzionata solamente il 13 novembre 2018 tramite notizie di stampa, ne chiede l'annullamento per la violazione degli artt. 2 e 11 d.lgs. n. 175/2016.

In particolare, la società ricorrente contesta l'assunto della Sezione marchigiana per cui il solo possesso della maggioranza delle azioni e dei componenti del C.d.A. consentirebbe ai soci pubblici di condizionare l'andamento complessivo gestionale dando luogo ad una situazione di controllo pubblico, comportante l'applicazione integrale del Tusp, senza tenere conto né della presenza di un patto parasociale, stipulato il 28 luglio del 2015, che rende essenziale il voto dei consiglieri nominati dal socio privato per tutte le operazioni principali, né di quanto affermato sul punto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) la quale aveva rilevato che la presenza di un patto parasociale, analogo a quello successivamente stipulato nel 2015, implicava necessariamente che, pur in presenza di partecipazioni pubbliche, la Società sarebbe stata "*soggetta al controllo congiunto di HERA e del Comune di Pesaro, in quanto in assenza del voto*

favorevole di almeno uno dei consiglieri nominati da tali soggetti , le predette decisioni del CdA non potrebbero essere adottate".

In secondo luogo, la ricorrente ritiene arduo supporre la presenza di un controllo pubblico quando la maggioranza relativa, pari al 46,2% del capitale sociale è detenuta proprio dal socio privato *Hera S.p.A.*, a fronte del 25,3% posseduto dal Comune di Pesaro, dell'8,61% detenuto dalla Provincia di Pesaro e Urbino e di partecipazioni pulviscolari (tra lo 0,0003% e il 2,4%) detenute da diversi comuni e da due unioni montane. Tale ripartizione preclude, ad esempio, ogni modifica statutaria (comprensiva anche dello stesso mutamento del numero dei componenti del consiglio di amministrazione) che non trovi la partecipazione e il consenso di *Hera S.p.A.*, la quale può, in questo modo esercitare una posizione di blocco, ai sensi dell'art. 13 dell'attuale Statuto, il quale espressamente dispone che *"l'Assemblea straordinaria sarà validamente costituita e validamente delibererà, in prima, seconda e terza convocazione con una presenza e con una maggioranza superiore all'85% del capitale sociale"*. A ciò si aggiunge l'ulteriore sussistenza di un diritto di veto dei consiglieri espressione del capitale privato per decisioni essenziali per il funzionamento della società (quali le operazioni di acquisizioni e dismissioni di attività, il conferimento e la modifica dei poteri dell'amministratore delegato, l'approvazione del budget annuale) dal momento che occorre il voto favorevole di otto consiglieri su nove, laddove *Hera* ha diritto ad esprimerne quattro.

Infine, la ricorrente menziona a proprio favore sia la

determinazione dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) n. 1134 del 20 novembre 2017, sia l'Orientamento del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) in data 15 febbraio 2018 i quali, pur con un'interpretazione estensiva dell'art. 2 Tusp, ritengono comunque che il controllo pubblico si possa avere in presenza di più amministrazioni pubbliche che operano congiuntamente, circostanza non sussistente nel caso in esame.

3. Con memoria depositata in data 8 gennaio 2019, la Procura Generale presso la Corte dei Conti chiede il rigetto del ricorso rilevando, in via pregiudiziale, sia la sua tardività, sia l'assenza di entrambe le condizioni dell'azione.

Con riferimento alla prima, si rileva come il ricorso sia stato notificato il 10 dicembre 2018, quindi oltre il trentesimo giorno dalla comunicazione via pec della deliberazione impugnata al Comune di Urbania. Non rileva sul punto quanto affermato dalla Società circa la conoscenza tardiva della medesima in quanto l'accoglimento di una prospettazione ermeneutica che farebbe decorrere il termine di decadenza dalla conoscenza di fatto dell'atto lesivo contrasta con le esigenze di stabilità e certezza dell'azione amministrativa, ritenute prevalenti dal Legislatore quando ha previsto per l'impugnazione di questo tipo di deliberazioni un termine perentorio breve di soli trenta giorni.

Con riferimento alle seconde si evidenzia, invece, come l'unico soggetto legittimato ad agire in quanto direttamente interessato dalla deliberazione di controllo è il Comune di Urbania,

interessato alle verifiche e non la Società ricorrente, titolare, al più, di un interesse di fatto – e non di diritto - ad ottenere una sentenza che impedisca al Comune di assumere le iniziative dirette a limitare il numero dei componenti del Consiglio di Amministrazione, secondo i dettami dell'art. 11 TUSP.

Tale interesse peraltro, anche a volere riconoscere la legittimazione di *Multiservizi S.p.A.* non sarebbe meritevole di tutela giuridica in quanto diretto a impedire l'applicazione di una norma imperativa di legge.

Per quanto attiene al merito, invece, l'Ufficio requirente ne eccepisce l'infondatezza sulla base del fatto che il patto di sindacato del 28 luglio 2015 è stato stipulato soltanto con il Comune di Pesaro e non con gli altri soci pubblici che, pertanto non hanno alcun vincolo giuridico. Né può essere utilmente richiamata la delibera AGCM n. 17316/2007, che si riferisce ad una situazione non corrispondente all'attuale assetto societario.

Infine, si rileva come *Hera S.p.A.* sia un soggetto solo formalmente privato ma, sostanzialmente a controllo pubblico, essendo a sua volta controllata da vari comuni emiliani, detentori complessivamente del 48,5% del capitale sociale e legati tra loro da un patto di sindacato.

4. In data 11 gennaio 2019 la Procura Generale ha depositato una comunicazione della Sezione Regionale di Controllo per le Marche che attesa come il MEF, al quale la medesima Sezione aveva che aveva inviato la deliberazione oggi impugnata, con nota prot.

n. DT89236 del 25 ottobre 2018, ha richiesto a *Marche Multiservizi S.p.A.* elementi conoscitivi in ordine al rispetto dell'art. 11 TUSP.

La Sezione segnala, inoltre come, ulteriori deliberazioni riguardanti i Comuni di Ancona, Fermignano, Cagli, Montelabbate e Falconara Marittima, non impugnate, abbiano avuto ad oggetto la mancata attuazione dell'art. 11 TUSP da parte dei *Marche Multiservizi S.p.A.*

5. Nel corso della discussione orale, entrambe le parti hanno ribadito le posizioni e conclusioni già formulate nei precedenti atti processuali.

Al termine dell'udienza, il Collegio si è ritirato in camera di consiglio per la decisione.

DIRITTO

1. In via pregiudiziale, ancor prima dell'eccezione di tardività del ricorso, occorre esaminare quelle di inammissibilità, per insussistenza di entrambe le condizioni dell'azione, sollevate dalla Procura Generale.

2. Con riferimento alla prima di esse, si lamenta il difetto di legittimazione ad agire da parte della Società *Multiservizi Marche S.p.A.*, in quanto estranea al procedimento di controllo: le verifiche della Sezione regionale, infatti, sono state fatte nei confronti del Comune di Urbania, al quale sono state inoltrate le richieste istruttorie ed è stata trasmessa la deliberazione oggi in esame.

L'eccezione è infondata.

L'art. 11, c. 6, lett. e), del c.g.c attribuisce a queste Sezioni

Riunite in speciale composizione, "*nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica*" la competenza a decidere in unico grado sui giudizi "*nelle materie di contabilità pubblica, nel caso di impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo*".

Il richiamo alla giurisdizione esclusiva in materia di contabilità pubblica comporta che le deliberazioni adottate dalle Sezioni regionali di controllo, in quanto atti emessi nell'effettivo esercizio del relativo potere attribuito alla Corte dei conti, sono "*non sindacabili da parte di altro giudice diverso dalle Sezioni riunite della stessa Corte in speciale composizione*" (SSRR 12/2016, 2/2013, 6/2013).

Ciò discende dalla cointestazione in capo alla Corte dei conti della duplice funzione di giudice naturale delle controversie nelle materie di contabilità pubblica e di organo di controllo, svolto in posizione di indipendenza e neutralità, sulla corretta gestione finanziaria. Detta cointestazione, infatti, risponde all'esigenza che non venga in alcun modo meno la piena garanzia di indipendenza e terzietà della funzione di controllo "*che risulterebbe inevitabilmente lesa laddove la funzione del controllo dovesse abdicare ad un Giudice diverso, al quale, in buona sostanza, resterebbe affidata ogni decisione finale in ordine alla tutela delle legittimità e della corretta gestione finanziaria che, invece, la Costituzione intesta alla Corte dei conti*" (SSRR 25/2014).

Dall'impossibilità che le deliberazioni della sezioni regionali di controllo possano essere sindacate da un giudice diverso dalla stessa Corte dei conti, discende che deve ammettersi la legittimazione

attiva a ricorrere avverso un asserito non corretto esercizio della funzione di controllo, anche da parte di tutti coloro che, pur non avendo partecipato al relativo procedimento, dall'esito dello stesso fanno discendere lesioni di situazione giuridiche soggettive di cui sono titolari, a meno che tali lesioni conseguano a vizi propri dei conseguenziali atti dell'autorità amministrativa.

Ove fosse negata tale legittimazione, si dovrebbe necessariamente ammettere, pena la violazione dell'art 24 Cost, la possibilità per questi soggetti di adire un diverso plesso giurisdizionale, con la conseguenza che, attraverso l'impugnazione degli atti amministrativi conseguenti all'esito del controllo, si avrebbe indirettamente un sindacato sulle deliberazioni di controllo da parte di un giudice sfornito di giurisdizione.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa ha negato la propria giurisdizione nei confronti degli atti vincolati, privi di alcun margine di autonoma discrezionalità, conseguenti all'accertamento contenuto nella delibera della Corte dei conti in considerazione del rapporto di presupposizione, e quindi della pregiudizialità dell'impugnativa del deliberato della Corte dei Conti (Tar Catania 1980/2013).

Inoltre, giova ricordare che la Corte di Cassazione ha affermato "*come nello stesso ambito giurisdizionale siano di necessità da ricomprendere anche le ulteriori doglianze prospettate nei confronti del suddetto provvedimento della sezione di controllo della Corte dei conti, trattandosi di doglianze sempre afferenti alle modalità di esercizio di tale*

controllo e così indissolubilmente connesse con quella sopra specificamente richiamata da rendere impensabile (oltre che contraria ad ogni principio di concentrazione processuale e di ragionevole durata dei giudizi) una distinta attribuzione di giurisdizione" (Cass SU 5605/2014)

Peraltro, l'estensione della legittimazione ad agire anche ai soggetti che hanno partecipato al procedimento di controllo trova un aggancio normativo nella necessaria notifica del ricorso "*in ogni caso agli eventuali ulteriori contro interessati*" prevista dall'art. 124 comma 1, lett c) c.g.c. e nei principi di effettività e di concentrazione della giurisdizione contabile sanciti dagli art. 2 e 3 dello stesso codice.

Infine, va precisato che la giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. un. 14.05.2009, n. 11194; Cass. 10.05.2010, n. 11284; Id, 27.06.2011, n. 14177), ha più volte ribadito che la sussistenza della legittimazione ad agire – intesa come titolarità del potere di promuovere un giudizio – è determinata in base alla domanda prospettata dall'attore, indipendentemente dall'effettiva titolarità del diritto vantato. Infatti, la condizione per ottenere una pronuncia giudiziale è semplicemente l'idoneità astratta della situazione soggettiva attiva ad essere tutelata nel giudizio, del tutto diversa dall'accertamento in concreto della titolarità della medesima, che appartiene al merito della causa.

Effettivamente il riferimento **diretto** (e non indiretto come invece affermato dalla Procura Generale) sia in motivazione che nel dispositivo alla società partecipata costituisce elemento sufficiente per ritenere sussistente e comprovato il diritto di *Marche Multiservizi S.p.A.* di agire in giudizio.

3. Con la seconda eccezione processuale si afferma la carenza di interesse ad agire da parte del ricorrente. L'interesse ad evitare eventuali iniziative necessitate del Comune, tese alla riduzione del numero dei componenti del Consiglio di Amministrazione, è un interesse di fatto e indiretto che non può trovare immediata tutela in sede processuale.

L'eccezione è fondata.

L'interesse ad agire sussiste in presenza di un oggettivo fatto lesivo del diritto del ricorrente che deve essere rimosso mediante l'intervento del giudice senza il cui intervento l'interessato subirebbe un danno. Da ciò consegue come esso deve essere necessariamente certo ed attuale perché solo in questo caso trascende il piano di una mera prospettazione soggettiva (sufficiente, invece, a fondare la legittimazione ad agire), assurgendo a giuridica ed oggettiva consistenza.

Ciò implica che l'interesse ad impugnare le deliberazioni della Corte dei conti varia a seconda della loro tipologia.

Occorre infatti distinguere i provvedimenti aventi carattere imperativo - sanzionatorio, ovvero avere natura giurisdizionale *lato sensu* (come il controllo preventivo di legittimità, il controllo finanziario di legittimità e regolarità sugli enti locali, il giudizio di parificazione) da quelli che sono di per sé inidonei a incidere sull'autonomia degli enti, lasciando agli stessi la libera scelta sull'adozione e la tempistica delle misure correttive da intraprendere (primo fra tutti, il controllo sulla gestione, ovvero la relazione sulla

copertura finanziaria delle leggi di spesa).

Ciò incide, necessariamente, sulla tutela giurisdizionale riservata ai destinatari delle medesime, in attuazione dell'art. 24 Cost.: infatti, contro le deliberazioni di ricusazione del visto è possibile ricorrere alle Sezioni Riunite in sede di controllo per chiedere la registrazione con riserva; contro le pronunce delle Sezioni Regionali di controllo in materia di piani di riequilibrio, di rendiconti dei gruppi consiliari e in genere nelle materie di contabilità pubblica è possibile ricorrere a queste Sezioni Riunite in speciale composizione.

Ciò non è invece possibile, invece per tutte quelle deliberazioni di natura c.d. collaborativa avverso le quali la tutela giurisdizionale si esplicherà nei confronti degli eventuali provvedimenti emessi autonomamente dall'amministrazione che sono autonomamente motivati non essendo ipotizzabile per definizione un adempimento obbligatorio.

Non vi è dubbio che le deliberazioni emesse dalle Sezioni Regionali di controllo in occasione della verifica sul rispetto, da parte delle società partecipate, delle disposizioni e dei principi inseriti nel relativo Testo unico abbiano tale valenza, non potendo intervenire le medesime direttamente sulle società ma indirettamente sui Comuni controllanti con mere deliberazioni dichiarative (prive, pertanto, di immediata cogenza), avente funzione sollecitatoria nei confronti del soggetto direttamente controllato, il quale dovrà prontamente attivarsi, sempreché sia nelle condizioni concrete per farlo, per ripristinare la situazione giuridica violata.

In caso di riscontrata mancata ottemperanza al *decisum* la Sezione Regionale di Controllo potrà solo inviare specifica e qualificata notizia di danno alle Procure Regionali, affinché possano valutare gli estremi di responsabilità amministrativo - contabile.

Calando questi principi alla fattispecie oggi in esame, ne consegue che la società ricorrente non ha subito alcun danno dalla deliberazione impugnata, tale da giustificare una valutazione di merito della stessa

Il Comune di Urbania, per quanto gli compete, essendo titolare di una quota veramente minima di capitale sociale (1,89%), dovrà chiedere di intervenire alla prima assemblea dei soci utile per sottoporre il problema sollevato dalla Sezione Regionale di Controllo delle Marche e chiedere una conseguente modificazione dello statuto, dell'art. 15 dello Statuto che disciplina il numero dei componenti del C.d.A cercando, nel contempo, di predisporre una azione unitaria con gli altri soci pubblici, titolari complessivamente del 53,77% del capitale sociale (impregiudicata la questione di merito della eventuale compatibilità dell'art. 13 dello Statuto sociale - il quale dispone che *"l'Assemblea straordinaria sarà validamente costituita e validamente delibererà, in prima, seconda e terza convocazione con una presenza e con una maggioranza superiore all'85% del capitale sociale"* - con l'art. 11 Tusp).

In conclusione, poiché la deliberazione impugnata non è produttiva di effetti immediati e diretti ma, al più, di effetti indiretti ed eventuali, essendo dipendenti da fattori estranei alla medesima, quali il "*facere*" del Comune di Urbania e l'eventuale raggiungimento

di un'intesa con gli altri soci pubblici, non sussiste alcun interesse concreto ed attuale alla sua impugnazione, con conseguente inammissibilità del ricorso.

Restano assorbite le ulteriori eccezioni e profili di censura.

4. Le spese possono ritenersi compensate alla luce dell'assoluta novità delle questioni giuridiche sottoposte a questo Collegio

P. Q. M.

La Corte dei conti, a Sezioni riunite in speciale composizione, dichiara inammissibile il ricorso per difetto di interesse ad agire.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del 23 gennaio 2019.

Dispositivo letto in udienza

IL GIUDICE RELATORE — IL PRESIDENTE

(Alessandro Benigni) — (Mario Pischedda)

Depositata in Segreteria in data 19 MAR. 2019

Il Direttore della Segreteria