

Pubblicato il 11/11/2019

N. 00694/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00082/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 82 del 2019, proposto da Econord S.p.A., Deco S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Franco Pellizzer, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Massimo D'Azeglio 58;

contro

Comune di San Benedetto del Tronto, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Lucchetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Ancona, c.so Mazzini 156;

nei confronti

Comune di Rotella, Picenambiente S.p.A. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione del Consiglio Comunale di San Benedetto del Tronto n. 61 in data 15 dicembre 2018 avente ad oggetto: "Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche ex art. 20 d.lgs 19 agosto 2016 n. 175 come modificato dal d.lgs 16 giugno 2017 n. 100, nella parte in cui ha qualificato la PicenAmbiente S.p.A. come "società a controllo pubblico" e conseguentemente disposto l'obbligo in capo alla stessa Società di "aggiornare il proprio Statuto alle previsioni del TUSP e di uniformarsi integralmente alle disposizioni dello stesso";

- di tutti gli allegati a detta deliberazione, ivi espressamente compresa la "Relazione tecnica" (Allegato A) e per quanto occorrer possa di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ivi

espressamente compreso l'Orientamento del Ministero dell'Economia e delle Finanze in data 15 febbraio 2018 sulla nozione di società a controllo pubblico;

nonché comunque, in subordine, per l'accertamento

- della qualificazione giuridica della Società PicenAmbiente S.p.A. ai sensi del TU n. 175 del 2016 ed in ragione della qualità in capo alle ricorrenti di “soci privati” della stessa Società nei termini e alle condizioni di cui agli atti della gara a “doppio oggetto” indetta dal Comune di San Benedetto del Tronto con bando in data 21 luglio 2011 e perfezionata in data 18 ottobre 2012 con successiva sottoscrizione dei contratti di servizio afferenti alla concessione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati, e quindi della qualificazione della stessa PicenAmbiente S.p.A. come società a partecipazione pubblica ma non a controllo pubblico ai sensi del TU 175/2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Benedetto del Tronto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2019 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe è impugnata la deliberazione del Consiglio Comunale di San Benedetto del Tronto n. 61 in data 15 dicembre 2018 avente ad oggetto “Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche ex art. 20 d.lgs 19 agosto 2016 n. 175 (Testo unico in materia di Società a partecipazione – TUSP), come modificato dal d.lgs 16 giugno 2017 n. 100 - Anno 2018”, nell’ambito della quale la Società Picenambiente SpA., partecipata dal Comune citato e da altri comuni del territorio, è stata classificata come “società a controllo pubblico” ai sensi e per gli effetti del d.lgs n. 175 del 2016.

Il ricorso è proposto dai due maggiori soci privati di PicenAmbiente SpA, Econord SpA e Deco SpA, che detengono rispettivamente il 25,27% e il 21,80% delle quote societarie, su un totale del 49,59% assegnato ai soci privati.

Le società ricorrenti chiedono altresì, in via subordinata, l’accertamento della qualificazione giuridica della Società PicenAmbiente S.p.A., con declaratoria che essa riveste la natura di mera società a partecipazione pubblica non di controllo e conseguente inapplicabilità alla stessa della disciplina delle società in controllo pubblico dettata dal d.lgs. n. 175 del 2016.

Parte ricorrente impugna il provvedimento, unitamente agli allegati, con due motivi di ricorso.

Con il primo motivo si deduce la violazione degli artt. 2, 4 e 20 del d.lgs n.175 del 2016, dell’art. 2359 cod.civ., eccesso di potere sotto vari profili, la violazione delle competenze degli enti locali in tema di società partecipate e l’illegittima attribuzione di valenza regolamentare o dispositiva all’Orientamento MEF in data 14 febbraio 2018, nonché la violazione dell’art. 1, comma 3, del d.lgs n. 175 del 2016 e dell’art. 17 della legge n. 400 del 1988.

Il motivo si sofferma sull'assenza dei presupposti per configurare, nei confronti di PicenAmbiente, un controllo pubblico ai sensi del d.lgs n. 175 del 2016.

Con il secondo motivo si deduce la violazione della *lex specialis* della gara a “doppio oggetto” per la scelta del socio privato di PicenAmbiente SpA, del principio del legittimo affidamento, del contratto di servizio tra il Comune di San Benedetto del Tronto e PicenAmbiente SpA, dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, nonché eccesso di potere e violazione dell'art. 17 del d.lgs. 175 del 2016.

Si sostiene, sostanzialmente, l'incompatibilità tra le società miste quali PicenaAmbiente, funzionali alla gestione di un'operazione di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI) e la nozione di società a controllo pubblico previsto dal d.lgs n. 175 del 2016, anche con riguardo alla possibilità degli enti pubblici partecipanti di influire unilateralmente sull'assetto societario in forza dell'art. 20 del d.lgs n. 175 del 2016, in asserito contrasto con l'art. 17 della stessa legge.

Le società ricorrenti sono inoltre intervenute *ad adiuvandum* nel ricorso proposto contro lo stesso atto da PicenAmbiente SpA (r.g. 19/2019, in decisione in questa stessa udienza).

Si è costituito il comune di San Benedetto del Tronto, eccependo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a favore della Corte dei Conti e l'infondatezza del ricorso.

Alla Camera di Consiglio dell'8 maggio 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1 Va premessa una breve descrizione di PicenAmbiente SpA della quale le società ricorrenti sono i maggiori soci privati. Si tratta di una società mista pubblico-privata di Partenariato Pubblico Privato Istituzionalizzato (PPPI), concessionaria del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati nei comuni soci affidanti. I soci privati sono stati individuati all'esito di una procedura evidenza pubblica di gara a doppio oggetto di “Selezione del socio privato partner industriale al 49,59%” e l'affidamento in concessione per 15 anni del servizio pubblico locale di gestione integrata dei rifiuti ed attività connesse e correlate nei confronti dei comuni partecipanti alla parte pubblica del capitale.

1.1 Nella fattispecie, i soci pubblici (21 Comuni e una Comunità Montana) detengono il 50,41% e i soci privati il 49,59% delle quote societarie. Il primo socio è il privato EcoNord Spa con il 25,27%, mentre il maggiore socio pubblico è il Comune di San Benedetto del Tronto col 19,36%.

1.2 L'impugnato atto di razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche ex art. 20 d.lgs. 175 del 2016 del Comune di San Benedetto del Tronto, ha qualificato PicenAmbiente SpA come società partecipata “a controllo pubblico” e come tale assoggettata al regime giuridico che il d.lgs n. 175 del 2016 ha disposto per tale tipologia di società, con ciò disponendo “l'obbligo in capo alle società a controllo pubblico di aggiornare il proprio statuto alle previsioni del TUSP e di uniformarsi integralmente alle disposizioni dello stesso” sottolineando che “l'adeguamento dello Statuto societario e gli interventi di riassetto devono necessariamente contemplare” la conformazione alle previsioni di cui agli artt. 3, 6, 11 e 22 dello stesso TU.

1.3 Nella fase istruttoria che ha portato il Comune di San Benedetto del Tronto ad adottare la decisione impugnata, PicenAmbiente SpA ha sostenuto di dover essere inquadrata tra le società a partecipazione pubblica e non tra le società a controllo pubblico, in quanto la semplice maggioranza pubblica delle quote societarie non integrerebbe il controllo ai sensi dell'art. 2 lett. m) e b) del d.lgs n. 175 del 2016.

1.4 Nella fattispecie lo statuto di PicenAmbiente SpA prevede che vi sia maggioranza pubblica nel consiglio di amministrazione (5 nominati dai soci pubblici e 4 dai privati, artt. 11 e 13 dello Statuto) e che la nomina del presidente sia riservata al socio maggioritario pubblico, così come la nomina del vicepresidente, mentre ai soci privati è riservata la nomina dell'Amministratore delegato.

2 Preliminarmente, il Collegio afferma la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo

2.1 Infatti, come ritenuto in giurisprudenza in materia di provvedimenti riguardanti le partecipazioni detenute da enti pubblici, la volontà del soggetto pubblico che è socio di una società mista, analogamente a quella di ogni soggetto collettivo socio di una società di capitali, a differenza di quanto accade per il socio persona fisica, non si forma nel foro interno per essere poi esternata mediante dichiarazione e il voto in assemblea, ma all'esito di un evidente procedimento amministrativo, il cui atto principale è deliberato dall'organo competente per legge.

2.2 Se, come nel caso in esame, la volontà proviene da un ente pubblico, questo è un procedimento amministrativo che rileva per la generalità e rispetto al quale ben vi possono essere posizioni differenziate, sindacabili davanti al giudice amministrativo quale giudice del legittimo esercizio del potere pubblico. Vi è, dunque, una fase pubblicistica che precede la fase privatistica interna alla società e che si conclude con l'adozione delle delibera da parte degli organi societari. In particolare, a volontà del socio pubblico si forma nella prodromica determinazione amministrativa, e va a produrre i suoi reali effetti nei confronti della società, come nei confronti degli altri soci. Gli altri soci, specie se detentori di una partecipazione minoritaria, sanno che la delibera assembleare darà seguito alla determinazione amministrativa, riprendendone il contenuto, con ogni conseguenza, positiva o negativa, sul loro patrimonio azionario e sui diritti sociali (Cons. Stato, V 23 gennaio 2019 n. 578, Tar Marche Ancona 20 maggio 2016 n. 616).

2.3 Il Collegio ritiene che, nel caso in esame, sia indubbia la presenza di un potere autoritativo, che valuta l'effettiva presenza del controllo pubblico della società partecipata e richiede i conseguenti adempimenti statutari (proprio secondo lo schema "atto amministrativo- conseguenti delibere degli organi societari" sopra richiamato). Il provvedimento di cui all'art. 20 del d.lgs n. 175 del 2016 non può quindi essere ritenuto un atto meramente ricognitivo, a differenza di quanto sostenuto dal comune resistente. Non depone in senso contrario il controllo della Corte dei Conti previsto dal d.lgs n. 175 del 2016 sulle delibere societarie (si veda la decisione n. 46 del 29 novembre 2018 della Sezione di Controllo delle Marche, in atti, che si pronuncia indirettamente sul caso in esame). Difatti, è all'esame di questo Tribunale il ricorso impugnatorio avverso un atto amministrativo, del resto definito esplicitamente "provvedimento" dagli articoli 20 e 24 del d.lgs n. 175 del 2016 per cui le ricorrenti, come soci privati, vantano una posizione di interesse legittimo (si veda ancora CdS V 578/2019, cit.) ad evitare le conseguenze del riconoscimento del controllo pubblico su Picenambiente SpA, con la conseguente giurisdizione del giudice amministrativo. Inoltre, la più volte citata sentenza n. 578 del 2019 riconosce esplicitamente il carattere provvedimento della delibera di ricognizione ex art. 24 comma 1 del d.lgs n. 175 del 2016 e, almeno indirettamente, di quella ai sensi del precedente articolo 20.

3 Nel merito, con riguardo, la questione oggetto del primo motivo di ricorso, è la nozione di società a controllo pubblico sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 175 del 2016 con le conseguenze in termini di adeguamento dello statuto societario di quanto previsto da tale norma.

3.1 La questione si configura di puro diritto, in quanto sono sostanzialmente incontestati i principi di *governance* alla base dello statuto societario di PicenAmbiente SpA-

3.2 Le caratteristiche salienti nello statuto sono state già accennate in precedenza. Si ritiene di elencarle nuovamente in maniera sintetica, divise le tra quelle che sembrano deporre per la presenza di una società a controllo pubblico nei sensi della normativa sopra richiamata e quelle che invece attribuiscono specificamente ruoli di direzione o controllo al socio privato.

3.3 In particolare, l'insieme dei soci pubblici:

- esprime la maggioranza dei voti nell'assemblea societaria, possedendo la maggioranza delle quote;

- esprime la maggioranza del consiglio di amministrazione (5 membri contro 4);

- esprime il presidente e il vicepresidente dell'Ente;

- si può riunire in un comitato consultivo tra soci pubblici, disciplinato dall'art. 22 dello Statuto;

per i soci privati:

- tra di essi è presente il singolo socio maggioritario della società, la ricorrente Econord SpA, con il 25,27%. (Deco SpA è il secondo, precedendo il Comune di San Benedetto del Tronto);

- essi esprimono l'amministratore delegato;

- la loro presenza è necessaria per raggiungere il quorum della convocazione per l'assemblea straordinaria e, quindi per le modificazioni statutarie (80% in prima convocazione e 60% in seconda).

3.4 Nel ricorso e nelle memorie le parti si soffermano anche su altre clausole dello statuto che però al Collegio non appaiono decisive. Infatti lo statuto al di fuori del comitato citato in precedenza, non sembra prevedere altre forme di coordinamento istituzionale tra i soci pubblici. Allo stesso modo è indubbio che i soci pubblici abbiano la maggioranza nella società sia a livello di voti in assemblea ordinaria, sia a livello esecutivo (maggioranza del consiglio di amministrazione). Il problema è stabilire se tali caratteristiche siano sufficienti a configurare una società a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2 del d.lgs n. 175 del 2016.

3.5. In ogni caso l'impugnata delibera n. 61 del 15 dicembre 2018 motiva la propria decisione esclusivamente ai sensi del combinato disposto dalle lettere b) ed m) dell'art. 2 del d.lgs n. 175 2016. La lettera b) definisce, tra l'altro, "controllo": la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. La lettera m) definisce società a controllo pubblico "le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)".

3.6 L'Amministrazione legge il riferimento all'art. 2359 nel senso del comma 1 dello stesso, per il quale sono considerate società controllate le "società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria".

3.7 Il provvedimento impugnato considera in maniera coordinata le norme di cui sopra, nel senso che, qualora una o più amministrazioni pubbliche dispongano della maggioranza dei voti nell'assemblea ordinaria, le stesse esercitano poteri di controllo ai sensi dell'art. 2359 e, quindi, il controllo pubblico ai sensi dell'art. 2 lett. m) del d.lgs n. 175 del 2016. Detta tesi, nel medesimo provvedimento, viene rafforzata con il riferimento a una delibera della sezione controllo della Corte dei Conti (Sezione regionale della Liguria deliberazione n. 3 del 2018) e al parere della Struttura di

monitoraggio e controllo delle partecipazioni pubbliche del Ministero dell'Economia e delle Finanze, in data 15 febbraio 2018, che esprimono il medesimo avviso (così come la già citata decisione n. 46 del 2018 della Sezione di Controllo delle Marche in atti).

3.8 In precedenza, lo stesso comune San Benedetto del Tronto, socio pubblico maggioritario, con delibera di Consiglio Comunale n. 69 del 30 settembre 2017 relativa al Piano di Razionalizzazione 2017, aveva qualificato la PicenAmbiente SpA a “partecipazione pubblica” ma non a “controllo pubblico.

4 Il Collegio ritiene che la tesi espressa nel provvedimento impugnato non sia condivisibile. In particolare, per PicenAmbiente SpA, non si integrano i presupposti per la presenza di un controllo pubblico, alla luce dell'insufficienza del mero dato della maggioranza in assemblea (e all'interno del consiglio di amministrazione) per affermare un controllo da parte dei soci pubblici ai sensi dell'articolo 2 del d.lgs n. 175 del 2016 e, conseguentemente, dell'art. 2359 cod. civ.

4.1 La stessa tesi è stata espressa in una recente decisione del giudice amministrativo (Tar Lazio Roma 19 aprile 2019 n. 5518). Nel caso citato, una società a capitale misto pubblico privato era stata ritenuta in una situazione di controllo pubblico ai sensi della seconda parte dell'art. 2, comma 1, lett. b), del d.lgs n. 175 del 2016 “...quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo...” e dell'art. 2359 comma 3 del codice civile. Significativamente, nel caso esaminato dalla sentenza, lo stesso ente (ANAC) che ha ritenuto la sussistenza del controllo pubblico sulla società oggetto della pronuncia, non lo ha fatto in base alla mera maggioranza assembleare dei soci pubblici, pur presente.

4.2 In ogni caso, la sentenza citata per escludere la sussistenza del controllo pubblico, ha valorizzato il fatto che la gestione compete “per statuto” a un amministratore delegato espressione della parte privata e che i soci pubblici devono condividere con quello privato le delibere dell'assemblea straordinaria (come nel caso in esame), nonché, nel caso specifico, anche di quella ordinaria (Tar Roma 5118/2019, cit.).

4.3 La tesi della non sufficienza della maggioranza in assemblea per configurare un controllo pubblico ha trovato un'ulteriore recente conferma giurisprudenziale, con riguardo a un'altra società a partecipazione mista situata nella regione Marche. Difatti, le sezioni giurisdizionali riunite della Corte di Conti, con sentenza n. 16 del 22 maggio 2019, hanno riformato le delibere della sezione regionale delle Marche che avevano ritenuto, nell'ambito dei controlli di cui all'art. 11 del d.lgs n. 175 del 2016, la presenza del controllo pubblico in Marche Multiservizi SpA in ragione, come per PicenAmbiente, della presenza di una maggioranza degli azionisti pubblici nei voti esercitabili in assemblea ordinaria (nonché nel consiglio di amministrazione). La sentenza, condivisibilmente, osserva che l'accertamento della sussistenza dello status di società a controllo pubblico non può essere desunto dai meri indici costituiti dalla maggioranza di azioni e di consiglieri nel consiglio di amministrazione ma richiede precipua attività istruttoria volta a verificare se, nel caso concreto, sussistano le condizioni richieste dall'art. 2, lett. b) del d.lgs n. 175 del 2016. In altre parole, ai fini del decidere se una società possa definirsi o meno società a controllo pubblico ovvero semplicemente società a partecipazione pubblica, assume rilievo decisivo lo scrutinio delle disposizioni statutarie e dei patti parasociali per verificare in che termini le pubbliche amministrazioni (enti locali) che detengono partecipazioni azionarie sono in grado di influire sulle “decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale”. Ciò si ricava dalla lettura dell'art. 2 lett. b) del d.lgs n. 175 del 2016 che circoscrive in modo più rigoroso la nozione di “controllo pubblico” introducendo un'altra fattispecie, estranea alla nozione civilistica ex art. 2359 cod.civ., nell'affermazione che può sussistere anche quando “in applicazione di norme di legge o

statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo" (Corte dei Conti, sez. un. giur, 16/2019 cit.).

4.4 Osserva inoltre la sentenza che, che sotto il profilo normativo, nessuna disposizione prevede espressamente che gli enti detentori di partecipazioni debbano provvedere alla gestione delle partecipazioni in modo associato e congiunto: l'interesse pubblico che le stesse sono tenute a perseguire, infatti, non è necessariamente compromesso dall'adozione di differenti scelte gestionali o strategiche che ben possono far capo ciascun socio pubblico in relazione agli interessi locali di cui sono esponenziali (Corte dei Conti, sez. un. giur., 16/2019 cit.).

4.5 Il Collegio condivide l'orientamento di cui sopra, per i cui non è possibile desumere il controllo pubblico dalla semplice astratta possibilità per i soci pubblici di fare valere la loro maggioranza azionaria in assemblea. Il riferimento alla mera maggioranza dei voti esercitabili in assemblea non può quindi essere svincolato da indici concreti di un effettivo controllo. Soprattutto nel caso di PicenAmbiente SpA, dove il socio pubblico principale ha una partecipazione inferiore ai due maggiori soci privati e vi sono previsioni statutarie che assegnano ai soci privati la nomina dell'Amministratore delegato (che, ai sensi dell'art. 20 dello statuto, cura, sia pure con alcune limitazioni, la gestione operativa delle società, l'attuazione della sua volontà e il controllo del suo andamento) e prevedono la necessità di coinvolgere i soci privati nella convocazione dell'assemblea straordinaria (e, quindi, nelle modifiche statutarie).

4.6 Difatti, anche se la semplice "atomizzazione" dei soci pubblici, come nota giustamente la difesa comunale, non è ovviamente sufficiente ad escludere la possibilità di controllo pubblico, si deve ritenere che tale controllo non possa prescindere dalla presenza di forme di coordinamento dell'agire dei numerosi soci che detengono la maggioranza. Tale coordinamento non può essere integrato tramite la mera previsione di un comitato consultivo tra i soci pubblici, prevista dall'articolo 22 dello statuto, che non è peraltro minimamente citato nel provvedimento impugnato.

4.7 Si ritiene quindi che, in tema di controllo pubblico vi sia la necessità di un'analisi che vada oltre la mera maggioranza pubblica in assemblea ordinaria.

4.8 Sul punto, al contrario l'impugnata delibera n. 61 del 2018 non ipotizza alcun tipo di controllo ulteriore rispetto a quello di cui al comma 1 dell'articolo 2359 cod.civ., che considera controllate "le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria". Ne consegue il controllo pubblico di PicemAmbiente SpA, ex art. 2 d.lgs n. 175 del 2016 è affermato per la mera presenza una maggioranza pubblica in assemblea ordinaria, sulla base di quanto previsto dalla lettera m) dell'art. 2 del d.lgs n. 175 del 2016, la quale prevede il controllo esercitato da "una o più amministrazioni pubbliche".

4.9 In senso conforme alla tesi del Comune, il Collegio non può che menzionare una recente sentenza delle Sezioni riunite della Corte dei Conti in sede di controllo, la quale ha sostenuto, con dovizia di argomenti, che ai fini dell'integrazione della fattispecie delle società a controllo pubblico, rilevante quale ambito di applicazione, soggettivo o oggettivo, di alcune disposizioni del d.lgs. n. 175 del 2016, è sufficiente che una o più amministrazioni pubbliche dispongano, in assemblea ordinaria, dei voti previsti dall'art. 2359 del codice civile. La sentenza conferma, sostanzialmente, l'interpretazione resa nel provvedimento impugnato e basata, come già detto sul combinato disposto delle lettere b) ed m) dell'art. 2 del d.lgs n. 175 del 2016 in riferimento all'art. 2359 cod.civ., affermando che possono essere qualificate come società a controllo pubblico quelle in cui una o più amministrazioni dispongono della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria (oppure di

voti o rapporti contrattuali sufficienti a configurare un'influenza dominante, Corte dei Conti, Sez. Un. Controllo 21 giugno 2019 n. 11).

4.10 Il Collegio ritiene però preferibile, come già accennato, l'opposta tesi giurisprudenziale. In particolare, la tesi espressa nella sentenza citata, nonché nelle conformi decisioni di primo grado della Corte dei Conti, sembra individuare nell'art. 2 del d.lgs n. 175 del 2016 un'espansione della nozione di controllo prevista dal comma 1 dell'art. 2359 cod.civ., con la conseguente introduzione di una fattispecie particolarmente estesa che si applicherebbe praticamente in astratto e al di fuori di qualunque indice dell'effettivo esercizio di un effettivo controllo sull'attività societaria (esercizio che come già detto, a parere del Collegio, non può essere ipotizzato attraverso la mera previsione statutaria di comitati consultivi tra i soci pubblici).

5 Per le considerazioni fin qui svolte, primo motivo di ricorso è fondato sotto il profilo della violazione dell'art. 2 del d.lgs n. 175 del 2016 e per difetto di motivazione sulla presenza dei presupposti per il controllo pubblico su PicenAmbiente SpA ai sensi della normativa appena citata, per cui l'impugnata delibera del Comune di San Benedetto del Tronto n. 61 del 2018 deve essere annullata.

6 L'accoglimento del primo motivo di ricorso è da considerarsi assorbente, per cui non è necessaria la trattazione del secondo motivo, che afferma l'illegittimità del provvedimento impugnato sotto il diverso profilo della mancata considerazione dell'assegnazione a PicenAmbiente SpA, con gara a doppio oggetto, del servizio integrato rifiuti e dell'incidenza unilaterale del provvedimento impugnato sul rapporto concessorio tra PicenAmbiente SpA e gli enti pubblici presenti nella società

7 Per quanto riguarda l'azione di accertamento proposta con i motivi aggiunti, la stessa è proposta, dichiaratamente, in via subordinata all'azione di annullamento proposta con il ricorso introduttivo o in caso di ritenuta inammissibilità di quella di annullamento. Per quest'ultimo caso, ovviamente non vi è interesse di parte ricorrente. In ogni caso, ad avviso del Collegio, la proposizione dell'azione di accertamento, anche a voler affermare nel caso in esame la giurisdizione esclusiva ex articolo 133 comma 1 lett. c) c.p.a, appare in contrasto con la stessa qualificazione del provvedimento impugnato formulata dalle ricorrenti nel ricorso impugnatorio (e condivisa da questo Tar), con riguardo al carattere autoritativo della delibera impugnata e alla posizione di interesse legittimo rivestita dalle ricorrenti. In particolare, in disparte il dibattito giurisprudenziale sull'ammissibilità dell'azione atipica di accertamento nei casi di giurisdizione esclusiva, con riguardo agli interessi legittimi (si veda da ultimo Cons. Stato, III 19 settembre 2018 n. 5458), nel caso in esame parte ricorrente ha ottenuto l'accoglimento di un ricorso impugnatorio avverso un atto di carattere provvedimentale. Atto che peraltro richiedeva una valutazione complessiva dei presupposti per la presenza del controllo pubblico in PicenAmbiente SpA, per cui indubbiamente residuano, anche dopo la presente pronuncia, margini di apprezzamento in capo all'Amministrazione, che non possono essere esercitati dal giudice amministrativo, a pena di violazione del divieto ex art. 34, comma 2 c.p.a. (a tenore del quale, in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati). Pur essendo apprezzabile l'interesse delle ricorrenti a superare la situazione di incertezza relativa alla qualificazione di PicenAmbiente SpA, nel caso in esame l'azione proposta è stata ricondotta nel normale ambito di un ricorso impugnatorio, che con la presente sentenza viene accolto, per cui la delibera n. 61 del 2018 è annullata e non produce effetti pregiudizievoli sulle società ricorrenti, fino ad un eventuale nuova pronuncia dell'Amministrazione. Ne consegue che parte ricorrente non è rimasta priva di azioni tipiche per il soddisfacimento del proprio interesse. Non vi sono quindi i presupposti per l'esercizio di un'azione di accertamento atipica volta a riconoscere giudizialmente la natura di società a partecipazione mista pubblico privata ex art. 17 del d.lgs n. 175 del 2016. L'azione deve quindi essere dichiarata inammissibile

7.1 Le spese possono essere compensate tra le parti, in considerazione della presenza di difformi opinioni giurisprudenziali sul tema oggetto del ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie la domanda impugnatoria e, per l'effetto, annulla la deliberazione del Consiglio Comunale di San Benedetto del Tronto n. 61 in data 15 dicembre 2018 nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

- dichiara inammissibile la domanda di accertamento della qualificazione giuridica della Società PicenAmbiente SpA ai sensi del d.lgs n. 175 del 2016.

Compensa integralmente le spese di causa.

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

Così deciso in Ancona nelle camere di consiglio dei giorni 8 maggio 2019, 24 luglio 2019, con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitanio, Consigliere

Giovanni Ruiu, Consigliere, Estensore