

Tribunale di Patti, 6 marzo 2009 – Pres. Lanza – Rel. Saija.

Società per azioni a totale partecipazione pubblica – Osservanza delle disposizioni di cui al D. Lgs. n. 22/97 – Utilizzo di risorse pubbliche – Soggezione alle norme sull'evidenza pubblica – Disciplina del fallimento – Applicazione – Esclusione.

E' qualificabile ente pubblico non assoggettabile alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, ai sensi dell'art. 1, legge fallimentare, la società per azioni esercente il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani partecipata esclusivamente da enti pubblici, e ciò non già su base volontaristica, ma in ossequio alle disposizioni di cui al D. Lgs. n. 22/97, che per di più utilizza risorse pubbliche e sia soggetta alle norme sull'evidenza pubblica. (lds) (riproduzione riservata)

IL CASO.it

Il Tribunale (omissis)

OSSERVA

Il C. (C.) soc. coop., la M. s.p.a. e il Consorzio F., membri dell'ATI aggiudicataria dell'appalto per il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani indetto dall'ATO M. s.p.a., hanno chiesto dichiararsi il fallimento di quest'ultima, stante la rilevante entità del credito vantato (rispettivamente € 10 mln., € 6,4 mln. ed € 4,5 mln. circa) e la notoria situazione d'insolvenza che affligge la stessa ATO.

Si tratta in primo luogo di verificare se sia configurabile in capo alla debitrice il possesso del requisito soggettivo di cui all'art. 1 co. 1 L.F., che assoggetta alla procedura concorsuale l'imprenditore che esercita un'attività commerciale, con esclusione degli enti pubblici.

Ora, è noto che a seguito del processo c.d. di privatizzazione, a partire dai primi anni '90 la gestione di alcuni servizi pubblici – anche di carattere essenziale – è stata affidata a società per azioni partecipate per intero o prevalentemente da enti pubblici, ritenendosi evidentemente una struttura di tipo privatistico più snella e idonea per il raggiungimento delle finalità di pubblico interesse.

Al riguardo, per l'individuazione del regime giuridico applicabile ad un determinato ente gestore di un servizio pubblico già di pertinenza di una P.A., l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale suole distinguere tra privatizzazione formale e sostanziale, onde sottolineare che non è sufficiente la mera qualificazione formale (ad es., come nel caso che occupa, il rivestire l'ente la forma di s.p.a.), occorrendo piuttosto effettuare una valutazione concreta, caso per caso (così Cass. SS.UU. 3.5.2005 n. 9096, che ha ritenuto congruamente motivata la decisione impugnata circa la qualificazione di ente pubblico di una s.p.a. esercente il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani).

Dal canto suo, la Corte Costituzionale ha più volte affermato il superiore principio, ritenendo assoggettabili al controllo della Corte dei Conti le nuove s.p.a. "pubbliche", purchè detenute in modo esclusivo o prevalente dallo Stato (sent. 28.12.1993 n. 466); più recentemente, ha escluso che la normativa regionale (nella specie della Regione Abruzzo) che preveda l'obbligo di società a capitale interamente pubblico, affidatarie di un servizio pubblico, di assumere personale secondo le procedure dell'evidenza pubblica sia lesiva della competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile (avendo assunto nella specie la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in sostanza, che in tal modo si imporrebbero a società private obblighi ed oneri non previsti per l'instaurazione del rapporto di lavoro nel settore privato), occorrendo invece, secondo il giudice delle leggi, inquadrare il fenomeno nell'ambito dell'art. 97 Cost., "rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici". (sent. 1.2.2006 n. 29).

Principi sostanzialmente analoghi, rispetto al fenomeno in esame, sono stati più volte affermati dalla giurisprudenza amministrativa (si veda Cons. Stato sez. VI, 20.5.1995 n. 498; sez. V, 1.4.2000 n. 2078, sez. VI, 1.4.2000 n. 1885). In particolare, secondo tale

ultima pronuncia, "ai fini dell'identificazione della natura pubblica di un soggetto la forma societaria è neutra e la quasi integrale pertinenza a referenti pubblici del pacchetto azionario dimostra che si è al cospetto di uno strumento alternativo alle forme tradizionali di intervento in quanto anche le società per azioni si possono presentare come un'articolazione organizzativa dell'ente di riferimento. Del resto il perseguimento di uno scopo pubblico non è in contraddizione con il fine societario lucrativo, in quanto la presenza di un utile di esercizio è del tutto compatibile con la gestione di servizi pubblici".

Si tratta quindi di verificare se, alla luce dei superiori principi, la società debitrice debba essere considerata di diritto comune o meno. Ora, nell'ambito della Regione Sicilia, il Commissario Delegato per l'Emergenza Rifiuti, con ordinanze del 11.6.2002 n. 488 e del 28.11.2002 n. 1069, ha disposto che la gestione del servizio di raccolta debba avvenire mediante istituzione degli Ambiti Territoriali Ottimali (ATO), in attuazione dell'art. 23 D. Lgs. n. 22/97, espressamente prevedendo che gli stessi dovessero rivestire la forma di società per azioni. Conseguentemente, la debitrice è stata costituita con atto del 31.12.2002; ne risultano soci la Provincia Regionale di Messina e 33 Comuni dell'area nebroidea (v. visura camerale, in fasc. ricorrenti).

Va peraltro rilevato che, alla data odierna, la materia della gestione integrata dei rifiuti è disciplinata dal D. Lgs. n. 152/06, il cui art. 264 ha abrogato il D. Lgs. n. 22/97, prevedendo appositi meccanismi al fine di evitare soluzioni di continuità nella fase transitoria; in particolare (art. 201), è stata prevista l'istituzione obbligatoria di Autorità d'ambito, aventi personalità giuridica, in ciascun ambito territoriale ottimale definito dalle Regioni, mediante la partecipazione obbligatoria degli enti locali che vi rientrano. In esecuzione della normativa statale, nonché della L.R. n. 2/07, con D.P.R.S. 20.5.2008 n. 127 sono stati ridefiniti gli ambiti territoriali ottimali della Regione Sicilia (coincidenti con il territorio di ciascuna Provincia, salvo talune eccezioni); si è inoltre deciso di abbandonare la scelta del ricorso alla forma societaria e di costituire consorzi tra Comuni, che rappresentano appunto le Autorità d'ambito, ferma la continuazione della gestione del servizio in capo alle "vecchie" società d'ambito fino alla istituzione dei consorzi, con previsione di messa in liquidazione delle prime e subentro nei rapporti attivi e passivi dei nuovi soggetti. Ciò sarebbe dovuto avvenire a partire dal 1° gennaio 2009 (v. anche Circ. Ass. 18.6.2008), ma il citato D.P.R.S. è stato revocato e attualmente la situazione è in divenire (v. nota dell'A.R.R.A. del 17.2.2009, in fasc. ricorrenti).

IL CASO.it

In ogni caso, in relazione all'assetto normativo precedente, ritiene il Collegio di poter interamente condividere la motivazione di T.A.R. Catania, sez. I, 26.10.2006 n. 1993, secondo cui "la responsabilità della gestione (...) è stata affidata alla società d'ambito, che è organismo avente propria personalità giuridica, costituito per effetto obbligatorio di norme di legge e provvedimenti commissariali adottati in regime di emergenza di protezione civile, tra Enti pubblici locali territoriali ed è deputato alla cura di predominanti interessi pubblici. (...)

Le richiamate disposizioni realizzano (...) un vero e proprio trasferimento di funzioni con relativo mutamento nella titolarità del potere, che dal Comune "trasla", in via amministrativa, in capo all'Ente pubblico appositamente costituito. A riprova di ciò si consideri che il Comune non ha la possibilità giuridica di "riacquisire" il servizio, sottraendosi alla società d'ambito e gestendolo in proprio; non ha più funzioni impositive e non può determinare la tariffa del servizio; non ha poteri di regolamentazione autonoma dello stesso, disponendo per il proprio territorio una eventuale organizzazione difforme da quella dell'ambito; tutte le funzioni residuali che gli permangono per effetto dell'art. 23 del dlgs. 22/97 il Comune le esercita obbligatoriamente "nella" società d'ambito, come socio nell'Assemblea. (...)

La società d'ambito, quindi, è una modalità di gestione di un servizio attribuito in forma associativa e collettiva in capo a tutti gli Enti dell'ambito ottimale, con modalità avente natura e carattere obbligatorio, per via dell'avvenuto commissariamento emergenziale della Regione e degli Enti locali regionali in materia dei rifiuti.

A riprova di tale ricostruzione, si osserva che sono state infatti trasferite alla società d'ambito anche le risorse e le funzioni amministrative dell'Ente, nonché (soprattutto) la titolarità dei poteri coattivi di imposizione e riscossione della tariffa, come visto sopra (i quali a loro volta riflettono i costi di gestione e quindi sono il prodotto della traslazione tariffaria dei costi organizzativi dell'ente deputato al servizio sugli utenti); ed infine si è previsto espressamente che alla data di attivazione del servizio da parte della società d'ambito, le funzioni comunali

IL CASO.it

in ordine al servizio vengono a cessare”.

Insomma, è di tutta evidenza che la società d'ambito sia un soggetto di natura pubblica, altro non essendo se non un sodalizio partecipato esclusivamente da enti pubblici (v. verbale assembleare del 2.9.2008, in fasc. ATO) per la migliore gestione di un essenziale servizio pubblico, quale quello per la raccolta dei rifiuti, e ciò non già su base volontaristica, ma in ossequio alle disposizioni di cui al D. Lgs. n. 22/97. Si aggiunga, ancora, che l'art. 21 co. 17 L.R. n. 19/05 stabilisce che “I comuni, per la quota di propria competenza nell'ambito territoriale ottimale, hanno l'obbligo di intervenire finanziariamente al fine di assicurare l'integrale copertura delle spese della gestione integrata dei rifiuti sussidiariamente alla propria società d'ambito e a tal fine istituiscono nel bilancio di previsione un apposito capitolo di spesa con adeguata dotazione”. Sussiste quindi, anche se in via sussidiaria, l'utilizzo di pubbliche risorse.

Sotto altro ma connesso profilo, deve sottolinearsi come sia pacifico che la società sia soggetta alle norme sull'evidenza pubblica, sia riguardo all'affidamento in appalto del servizio, sia per l'assunzione di personale. La previsione della possibilità di conseguire utili (art. 26 statuto), poi, non osta alla superiore qualificazione, sia per quanto correttamente evidenziato dalla citata sent. Cons. Stato n. 1885/2000 (v. supra), sia perché è lo stesso art. 23 D. Lgs. n. 22/97 a prevedere che la gestione del servizio debba avvenire secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità.

Da ultimo, ma non per significatività, deve osservarsi che la società d'ambito è soggetta alla vigilanza dell'Agenzia Regionale per i Rifiuti e le Acque, istituita dall'art. 7 L.R. n. 19/05; inoltre, la Corte dei Conti Sez. Sicilia, con delibera n. 112/06, ha disposto un'indagine in tema di “Funzionamento degli Ambiti Territoriali Ottimali (A.T.O.) limitatamente alla gestione dei rifiuti, e disamina dei correlativi profili finanziari”, con ciò evidentemente attraendo nel solco del controllo contabile statale la gestione finanziaria degli ATO siciliani.

In definitiva, deve ritenersi che l'ATO M. s.p.a., sebbene formalmente abbia veste privata, sia nella sostanza un ente pubblico e non possa quindi essere assoggettata a fallimento, ex art. 1 co. 1 L.F.. L'istanza dev'essere quindi respinta. Sussistono giusti motivi, derivanti dall'assenza di specifici precedenti, per compensare integralmente le spese di lite tra le parti.

P. Q. M.

rigetta l'istanza e compensa le spese di lite.

Patti, 6 marzo 2009