



Ricorso n. 1746/2007

Sent. n. 968/08

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima
Sezione, con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso	Presidente
Elvio Antonelli	Consigliere, relatore
Fulvio Rocco	Consigliere

**Avviso di Deposito
del
a norma dell'art. 55
della L. 27 aprile
1982 n. 186
Il Direttore di Sezione**

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.1746/2007 proposto dal **Comune di Correzzola** nella
sua qualità di socio della soc. APGA s.r.l. in persona del Sindaco pro
tempore, rappresentato e difeso dal prof. Marcello M. Fracanzani, con
domicilio presso la Segreteria del T.A.R.,

contro

il **Comune di Brugine**, il **Comune di Cona**, il **Comune di Legnaro**,
il **Comune di Polverara**, il **Comune di Pontelongo**, il **Comune di S.
Angelo di Piove di Sacco** in persona dei Sindaci pro tempore ed il
Comune di Codevigo in persona del Commissario Straordinario pro
tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Giorgio Trovato ed Elena
Fabbris, con domicilio presso la Segreteria del T.A.R., ai sensi
dell'art. 35 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054,
il **Comune di Arzergrande** in persona del Sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Domenichelli e Franco
Zambelli, con elezione di domicilio presso lo studio del secondo in

Mestre-Venezia, via Cavallotti 22,

ed il **Comune di Piove di Sacco** in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Domenichelli e Franco Zambelli, con elezione di domicilio presso lo studio del secondo in Mestre-Venezia, via Cavallotti 22,

e nei confronti

di **A.P.G.A.– Azienda Piovese Gestione Acque s.r.l.** in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandro Lolli, Claudia Corbetta e Mario Barioli, con elezione di domicilio presso lo studio del secondo in Mestre-Venezia, via Torino 151/c,

di **ACEGAS – APS s.p.a.** in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Fabio Gusso e Sebastiano Tonon, con elezione di domicilio presso lo studio del secondo in Venezia, San Marco 3901,

e dell'**Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale – A.A.T.O. Bacchiglione** in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato ed difeso dagli avv. Stefano Colombari e Mario Barioli, con elezione di domicilio presso lo studio del secondo in Mestre-Venezia, via Torino 151/c,

per l'annullamento

delle delibere consiliari, tutte di pari oggetto, con cui i comuni resistenti, nella qualità di soci di APGA, hanno deliberato in senso favorevole alla fusione per incorporazione di APGA in ACEGAS – APS, fornendo, uguale indicazione al loro rappresentante

nell'assemblea societaria e, precisamente: la delibera/e consiliare/i del Comune di Arzergrande, della seconda metà di luglio 2007, non conosciuta/e; la delibera/e consiliare/i del Comune di Brugine, della seconda metà di luglio 2007, non conosciuta/e; la delibera/e consiliare/i del Comune di Codevigo della seconda metà di luglio 2007, non conosciuta/e; le delibere consiliari del Comune di Cona, n. 33 e 36, rispettivamente del 18 e 28 luglio 2007, la delibera consiliare del Comune di Legnaro n. 26 dell'11 luglio 2007; le delibere consiliari del Comune di Piove di Sacco n. 50 e 57, rispettivamente del 19 e 30 luglio 2007; le delibere consiliari del Comune di Polverara n. 47 e n. 52, rispettivamente del 10 e del 28 luglio 2007; la delibera/e consiliare/i del Comune di Pontelongo della seconda metà di luglio 2007, non conosciuta/e; la delibera/e consiliare/i del Comune di S. Angelo di Piove della seconda metà di luglio 2007, non conosciuta/e; della delibera assembleare di APGA in data 31 luglio 2007, che ha approvato – con il solo voto contrario del Sindaco di Correzzola – la fusione per incorporazione di A.P.G.A. s.r.l. in ACEGAS – APS s.p.a.; dell'atto di fusione per incorporazione, sottoscritto tra ACEGAS – APS e APGA in data 5.9.2007; nonché di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente;

Visto il ricorso, notificato il 21.9.2007 e depositato presso la segreteria il 24.9.2007 con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dei Comuni di: Brugine, Cona, Legnaro Polverara, Pontelongo, S. Angelo di Piove di Sacco, Codevigo, Arzergrande, Piove di Sacco e delle società

controinteressate, depositati in Segreteria con i relativi allegati;

viste le memorie prodotte dalle parti;

visti gli atti tutti della causa;

uditi alla pubblica udienza del 28 febbraio 2008 (relatore il Consigliere Elvio Antonelli) gli avvocati: Fracanzani per il Comune ricorrente, Trovato per i Comuni di: Brugine, Cona, Codevigo, Polverara, Pontelongo, S. Angelo di Piove, Legnaro e, in sostituzione di Domenichelli, per i Comuni di: Arzergrande e Piove di Sacco, Corbetta per l'Azienda Piovese Gestione Acque s.r.l. Tonon per Acegas – Aps s.p.a e Colombari per l'Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale – A.A.T.O. Bacchiglione ;

ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

Fatto

Il Comune ricorrente premette in fatto che la società ACEGAS – APS s.p.a. è società multiservizi, per la maggioranza in mano pubblica, quotata in borsa e recentemente stimata per oltre quattrocentocinquanta milioni di euro. Il nuovo regime sulla territorialità della società degli enti locali riduce l'operatività di consimili imprenditori oltre i confini degli enti territoriali che li costituiscono, imponendo di aggregare nel proprio capitale sociale altri comuni per fornirvi i propri servizi.

APGA s.r.l. è società di assai modeste proporzioni, il cui capitale è integralmente detenuto da dieci comuni dell'area insistente nella bassa provincia di Padova, che si agglutina attorno al Comune di Piove di Sacco.

Essa, si trova ora ad avere un numero di utenze che non le consentono legislativamente la sopravvivenza come gestore autonomo, secondo i parametri delle economie di scale che vogliono un ente per un numero consistente di cliente.

Entrambe le società svolgono il servizio idrico nella circoscrizione dell’Autorità d’ambito ottimale “Bacchiglione”, secondo il regime transitorio attualmente in vigore.

Con delibera n. 3 del 21.3.2006 l’assemblea dell’AATO ha definito l’organizzazione a regime nell’intero ambito Bacchiglione, prevedendo, per il territorio della Saccisica due opzioni:

- affidamento del servizio mediante gara ad evidenza pubblica ai sensi dell’art. 113, comma V, lett. A) TUEL;
- in via subordinata, con il consenso delle amministrazioni comunali del “Piovese”, l’aggregazione con altro gestore della stessa AATO, limitrofo, già titolare dell’affidamento *in house*, ai sensi dell’art. 113, comma V, lett. C) del TUEL;

APGA s.r.l. ha ritenuto di potersi far incorporare in ACEGAS – APS, portando in dote una concessione trentennale.

Il significato di tale operazione societaria era il raggiungimento della soglia dei 200.000 utenti e la prosecuzione del servizio *in house* nel territorio della Saccisica da parte del nuovo gestore in cui APGA incorporato in ACEGAS- APS, estendeva l’operatività di quest’ultima al territorio dei dieci comuni soci di APGA e riceveva in cambio una partecipazione simbolica nel capitale sociale di ACEGAS – APS.

L'assemblea dell'AATO Bacchiglione in data 20 luglio u.s. ha espresso parere negativo alla citata operazione societaria manifestando dubbi sull'attribuzione del servizio idrico per il territorio del Piovese in affidamento diretto alla soc. ACEGAS – APS spa dopo l'incorporazione di APGA e con l'acquisizione del suo patrimonio, tra cui la concessione per il servizio idrico, rilasciata a quest'ultima dai comuni soci nel 1999.

Con lettera di chiarimenti in data 26.7.2006 il Direttore dell'A.A.T.O. ha precisato che il parere negativo reso dall'AATO non inibisce la prosecuzione nella procedura societaria di fusione. Di conseguenza tutti i comuni soci di APGA hanno ritenuto di procedere ugualmente alla fusione per incorporazione e con il solo voto contrario del Sindaco di Corbezzola che, con nota in data 7.8.2007, esprimeva ai consoci tutte le perplessità giuridiche amministrative e contabili.

L'atto di fusione è stato siglato 5 settembre 2007

Avverso gli atti impugnati vengono dedotti i seguenti motivi:

- 1) la delibera che presta il consenso all'incorporazione è stata assunta in contrasto con il parere legale acquisito e senza dare dimostrazione delle ragioni che inducevano a discostarsene;
- 2) la medesima delibera è illegittima in quanto assunta prima del formale assenso dell'Autorità preposta alla vigilanza sul settore ed in contrasto con questa;
- 3) la delibera citata è illegittima in quanto assunta senza l'acquisizione dei dati societari necessari per una corretta

rappresentazione della realtà.

4) la figura sintomatica della falsa rappresentazione della realtà si traduce in una volontà negoziale viziata che impedisce la formazione del consenso, portando all'annullabilità quanto non alla nullità del negozio per carenza di un elemento essenziale;

5) siccome le reti di tubazioni sono rimaste in proprietà di APGA e non più dei singoli comuni soci con la fusione per incorporazione, esse transitano nel patrimonio di una s.p.a. quotata in borsa, in spregio all'art. 113 TUEL che vuole le reti in capo ai comuni o a società a totale capitale pubblico incedibile.

Si sono costituiti in giudizio i Comuni controinteressati, l'Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale – AATO Bacchiglione e la Società ACEGAS s.p.a.. Tutti hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione, per carenza di interesse e per difetto di giurisdizione.

Hanno altresì contestato la fondatezza nel merito del ricorso.

All'udienza del 28 febbraio 2008 la causa è stata ritenuta per la decisione.

Diritto

E' fondata l'eccezione di difetto di giurisdizione.

Ed invero nella fattispecie in esame il Comune di Correzzola, che unitamente ad altri nove Comuni, aveva creato la società APGA srl per la gestione del servizio idrico, contesta le delibere consiliari degli altri nove comuni che si sono espressi in senso favorevole alla fusione per incorporazione della citata società nella più consistente società

ACEGAS spa, e contesta altresì la delibera 31.7.2007 di APGA srl che ha approvato l'atto di fusione, nonché lo stesso atto di fusione (sottoscritto dalle due citate società).

Tanto premesso in punto di articolazione impugnatoria, il Collegio rileva che l'erogazione del servizio idrico (servizio che viene in evidenza nella specie) rientra senza alcun dubbio nella nozione di servizio pubblico desumibile dall'art. 33 del D.lgs n. 80/1998, atteso che tale nozione include tutte quelle attività che implicano nel loro concreto esercizio il dovere di osservare le regole di continuità ed imparzialità e che sono finalizzate a soddisfare esigenze di collettività indifferenziate.

Il Collegio ritiene tuttavia che la controversia in esame pur inerendo ad un servizio pubblico non rientri nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ed invero in primis va rilevato che la Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 204/04 nel riscrivere l'art. 33 del D.lgs. 80/98 (la sentenza possiede evidente natura additiva) ha tra l'altro chiarito che "la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo".

Peraltro già in precedenza era stato affermato dalla Corte di Cassazione che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi del citato art. 33, deve ritenersi limitata alla sole controversie che ineriscono al fatto oggettivo dell'erogazione del pubblico servizio e quindi non può ricomprendere le attività sottostanti di carattere

strumentale che consentono l'erogazione stessa (cfr. Cass. Sez. un. 3.8.2000 n. 532).

Il Consiglio di Stato da parte sua, si è espresso nel senso che l'art. 33 co. 2 lett. A del d.p.r. n. 80/98 nel prevedere come rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie riguardanti l'istituzione, la modificazione o l'estinzione dei soggetti gestori di pubblici servizi (comprese le società di capitali) ha inteso riferirsi alle relative procedure pubblicistiche (di istituzione, modificazione ed estinzione) con esclusione quindi delle questioni che hanno attinenza al diritto societario (cfr. Cons. St. sez. V, 20 ottobre 2004 6867; idem 3 settembre 2001 n. 4586).

In modo ancora più esplicito è stato affermato che tutti gli atti che ineriscono alla vita delle società a partecipazione pubblica pongono questioni di diritti soggettivi e pertanto rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass. Sez. un. 15.4.05 n. 7799; Cons. St. V sez., 11.2.2003 n.781).

In una fattispecie simile anche questo Tribunale ha avuto modo di chiarire la portata della propria giurisdizione in punto di pubblici servizi (cfr. Ord. n.1169/2004 del 24/26 novembre 2004).

D'altra parte non possono esserci dubbi sul fatto che una società seppure gestisce un servizio pubblico, una volta costituita e divenuta operativa, deve ritenersi, con riferimento ai profili organizzatori, soggetto privato a tutti gli effetti, e pertanto il socio ente pubblico, non può, incidere sui sottostanti problemi organizzativi inerenti la partecipazione societaria se non nella qualità di socio e comunque non

può influire sulla vita della società attraverso l'uso di poteri autoritativi.

Sotto questo profilo deve ritenersi che le impugnate delibere dei vari consigli comunali (delibere che avrebbero fornito indicazioni ai propri rappresentanti sul comportamento da tenere nell'assemblea societaria di AGPA) non possono considerarsi atti autoritativi di natura autorizzatoria bensì solo esternazioni di desiderio prive di carattere provvedimentale e come tali non impugnabili.

In definitiva non si può accedere all'interpretazione estensiva proposta dalla difesa del Comune ricorrente (interpretazione peraltro esposta con raffinate argomentazioni) basata sul fondamentale rilievo secondo cui nella specie, nonostante la forma, si verserebbe pur sempre in una fattispecie attinente all'erogazione del servizio idrico e all'organizzazione di un pubblico servizio.

Ciò non può ritenersi perché la fattispecie all'esame del Collegio è estranea alla specifica materia dell'erogazione del servizio idrico, tale non potendosi ritenere la problematica afferente alla compagine sociale sottostante all'attività di vera e propria gestione del servizio idrico.

Sul punto è utile anche rilevare quanto affermato dalla stessa Corte Costituzionale che nella già citata sent. n. 204/04 ha chiarito che “il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia non costituisce condizione sufficiente a radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

La controversia in esame neppure può farsi rientrare nella “materia

di vigilanza e di controllo dei confronti dei gestori di pubblici servizi” (art. 33, c., 2°), atteso che, anche il potere di vigilanza e di controllo attiene pur sempre all’attività operativa del gestore e non alle questioni sottostanti che afferiscono alle vicende societarie.

Del pari, all’evidenza, la stessa controversia non può ritenersi afferente ai profili inerenti al rapporto di concessione e affidamento del servizio non venendo in rilievo nella specie tali profili.

Infine la controversia citata non può ritenersi rientrante nella giurisdizione generale di legittimità dal momento che le situazioni giuridiche che vengono in rilievo nella specie hanno consistenza di diritto soggettivo.

Alla luce delle svolte considerazioni il ricorso va pertanto dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione.

Sussistono peraltro giusti motivi per disporre la compensazione delle spese.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, respinta ogni altra domanda o eccezione, dichiara il proprio difetto di giurisdizione.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia, addì 28 febbraio 2008.

Il Presidente

L’Estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....n.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Prima Sezione