

Scritto da Carmelo Anzalone
Martedì 06 Marzo 2012 09:59 -

N. 1730/2012 Reg. Prov. Coll. N. 2013 Reg. Ric. ANNO 2009 REPUBBLICA ITALIANA IN
NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2013 del 2009, proposto da:

S. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano
Vinti e Carlo Malinconico, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia, 88;

contro

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, in persona del
Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto
presso Ernesto Sticchi Damiani in Roma, Studio Bdl via Bocca di Leone, 78;

nei confronti di

- A.t.i. composta da L. - Società di Ingegneria s.p.a. e Studio F. s.r.l., n.c.;

e con l'intervento di

ad opponendum:

- CO., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Piero D'Amelio,
con domicilio eletto presso Piero D'Amelio in Roma, via della Vite, 7;

per l'annullamento

- della deliberazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e
forniture n. 65 del 23 dicembre 2008, comunicata alla ricorrente in data 30 dicembre 2008;

- di tutti gli atti antecedenti, connessi o consequenziali.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2012 il Cons. Silvia Martino;

Uditi gli avv.ti delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Espone la ricorrente di essere una società per azioni a capitale sociale interamente detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e di essere stata costituita in attuazione del disposto dell'art. 10 del d.l.gs n. 96 del 1993 (successivamente modificato dall'art. 20 del d.l. 8 febbraio 1995, n. 32, convertito in legge 7 aprile 1998, n. 104).

Ulteriori norme rilevanti sono rappresentate dalla l. 8 agosto 1995, n. 341, e, da ultimo, dall'art. 1, comma 503, della l. n. 296 del 2006 (legge finanziaria 2007), che ha reso la società strumentale alle esigenze e finalità del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare.

A seguito di ciò, le Assemblee straordinarie del 21 dicembre 2007 e dell'11 aprile 2008 hanno modificato lo statuto sociale e individuato ulteriori obiettivi dell'attività di S..

Nello svolgimento della propria attività, così come configuratasi anteriormente alla citata modifica statutaria, la S. stipulava, in data 5 ottobre 2007, una Convenzione con il Commissario Delegato nominato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri per fronteggiare la situazione di emergenza causata alle infrastrutture e dall'approvvigionamento idrico del Comune di Lipari.

La convenzione prevedeva lo svolgimento di servizi di carattere tecnico, amministrativo e progettuale di supporto all'attività del Commissario.

L'affidamento diretto veniva impugnato davanti a questo TAR dall'Ati L., con l'intervento *ad adiuvandum* della Federazione CO..

Successivamente, in data 5 agosto 2008, S. veniva invitata, dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, a fornire informazioni circa il predetto affidamento.

S. rappresentava all'Autorità che, in considerazione della pendenza di un giudizio innanzi al giudice amministrativo, non vi fossero i presupposti per un intervento della medesima.

La società, comunque, forniva tutte le informazioni richieste.

Con nota del 23 dicembre 2008, l'Autorità ha ritenuto che l'affidamento diretto da parte del Commissario Delegato, dei servizi di cui sopra, nonché di altri ancora menzionati nella delibera, sia avvenuto in violazione dei principi dell' "in house providing".

Inoltre, ha ritenuto illegittimi altri affidamenti effettuati dalla stessa S., in qualità di amministrazione aggiudicatrice, in quanto, a dire dell'Autorità, non avrebbe dovuto trovare applicazione la disciplina propria degli appalti dei settori speciali.

S. ha successivamente presentato un'istanza di riesame, rimasta, però, senza riscontro.

Deduce:

1. Incompetenza. Carenza di potere. Violazione dell'art. 6 del d.lgs. n. 163 del 2006. Difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà con le precedenti deliberazioni adottate dall'Autorità.

Nonostante fosse consapevole del giudizio incardinato dall'ATI L. innanzi al TAR, l'Autorità ha deciso di intervenire in ordine alle stesse questioni che formano oggetto delle censure proposte nel giudizio pendente, concludendo con l'invio della deliberazione al Commissario delegato "per l'eventuale valutazione di competenza alla luce delle osservazioni formulate con la deliberazione"; in sostanza, l'Autorità ha chiesto al Commissario, di riesaminare i propri atti e di recepire i rilievi formulati.

Sotto tale profilo, reputa però che l'Autorità abbia esorbitato dai limiti delle proprie attribuzioni di vigilanza, pretendendo di incidere concretamente sulla fattispecie, sebbene nulla, al riguardo, sia previsto dall'art. 6 del d.lgs. n. 163/2006.

Cita, in proposito, un precedente reso dal TAR Piemonte (sentenza n. 1427 del 21 dicembre 2000).

Nella vicenda per cui è causa, inoltre, l'Autorità ha interferito con i poteri del giudice amministrativo poiché ha utilizzato i propri poteri di vigilanza, previsti dall'art. 6 del Codice, per sostituirsi a quest'ultimo ed intervenire in una vicenda ancora
sub iudice

.

Inoltre, avrebbe disatteso le proprie precedenti deliberazioni in materia, secondo le quali non ricorrono i presupposti per un proprio intervento in relazione ad esposti concernenti una questione già oggetto di ricorso giurisdizionale.

Detto principio è stato anche recepito e formalizzato in un regolamento interno, con particolare riguardo al procedimento per la soluzione delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lettera n) d.lgs. 163/2006.

2. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e violazione del principio del contraddittorio.

L'Autorità ha comunque del tutto omesso di informare la S. sia in quanto alla provenienza degli esposti da cui si originava l'istruttoria, sia quanto al preciso contenuto di detti esposti.

3. Violazione dell'art. 6 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione degli artt. 7 e ss. della l. n. 241/90. Difetto di istruttoria per omessa evocazione di parti necessarie del procedimento. Illogicità manifesta.

Scritto da Carmelo Anzalone
Martedì 06 Marzo 2012 09:59 -

Secondo l'Autorità, le convenzioni affidate alla S. per i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura sarebbe state sottoscritte in violazione dei principi dell' in house providing.

Parimenti, S. avrebbe affidato contratti pubblici relativi ai servizi di ingegneria a professionisti esterni in violazione del Codice dei Contratti.

Sulla base di tale assunto, l'Autorità ha ordinato alla S., pena le sanzioni di cui all'art. 6, commi 9 e 11, del Codice, di recepire le osservazioni formulate e comunicare i provvedimenti che intende assumere a tal fine.

Ha disposto altresì la trasmissione della deliberazione al Commissario Delegato per l'Emergenza nel Comune di Lipari per le medesime finalità, con l'obbligo di comunicare i provvedimenti che intende assumere all'Autorità, pena le sanzioni di cui all'art. 6, commi 9 e 11 del Codice.

In tal modo, però, avrebbe violato tutte le garanzie procedurali nei confronti dei soggetti interessati dal provvedimento impugnato, imponendo a S. comportamenti e atti che mai potrebbero essere attuati senza il coinvolgimento di tali parti.

4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 96 del 1993, della l. 8 agosto 1995, n. 341 e dell'art. 1, comma 503, della l. n. 296 del 2006. Eccesso di potere per errore nei presupposti di fatto e di diritto. Travisamento dei principi comunitari sull'in house providing. Difetto di istruttoria e di motivazione.

Secondo parte ricorrente, poiché nel caso di amministrazioni dello Stato non vi è distinta personalità giuridica dei singoli Ministeri, l'organismo in house di uno di essi deve intendersi come organismo in house di tutto l'apparato centrale dello Stato.

A riprova di tanto ricorda come la legge affidi un unico difensore, l'Avvocatura dello Stato, la rappresentanza in giudizio di tutte le amministrazioni dello Stato (cfr. art. 1 e 13 del r.d. n. 1611 del 1933).

Nella fattispecie in esame sussistono comunque tutti i requisiti per considerare in house gli affidamenti effettuati a favore di S..

Sottolinea, in particolare, che il proprio capitale sociale è interamente detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, e che lo statuto vieta l'ingresso di soci privati.

La società è altresì soggetta al controllo della Corte dei Conti.

Anche in occasione della procedura di infrazione avviata dalla Commissione Europea, si è rilevato che il 100% del capitale di S. è detenuto dal Governo italiano, il quale nomina i membri del CdA e del Collegio sindacale oltre ad approvare preventivamente gli obiettivi dell'attività della società.

5. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 96 del 1993, della l. 8 agosto 1995, n.

Scritto da Carmelo Anzalone
Martedì 06 Marzo 2012 09:59 -

431 e dell'art. 1, comma 503, della. n. 296 del 2006. Eccesso di potere per difetto nei presupposti di fatto e di diritto. Difetto di istruttoria e di motivazione.

Le Convenzioni stipulate da S. con il Commissario di Governo per l'emergenza ambientale si pongono in attuazione di atti normativi e statutari vigenti sino al 21.12.2007.

Tutte le convenzioni hanno ad oggetto attività rientranti nelle competenze del Ministero dell'Ambiente.

6. Violazione e falsa applicazione degli articoli 215 e 238 del d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per errore nei presupposti di fatto e di diritto. Difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione e falsa applicazione degli artt 31, 209, 217 del d.lgs. n. 163 del 2006.

S. ritiene, infine, che l'Autorità abbia errato nel censurare gli affidamenti effettuati da S. aventi ad oggetto servizi di ingegneria. Essa, infatti, non ha considerato le soglie comunitarie proprie dei settori speciali.

Si è costituita, per resistere, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

E' intervenuta, ad opponendum, l'Associazione Confindustria Servizi Tecnologici ed Innovativi.

L'Autorità ha depositato una memoria, in vista della pubblica udienza dell'11 gennaio 2012, alla quale il ricorso è stato assunto in decisione.

2. Il ricorso è inammissibile, non avendo, l'atto impugnato, natura provvedimentoale.

Al riguardo il Collegio aderisce ai precedenti resi, in materia, dal Consiglio di Stato (cfr., in particolare, Cons. St., VI, sentenza n. 5317 del 12.9.2006; id., n. 2503 del 3 maggio 2010) nei quali, sia pure con riferimento al sistema disegnato dalla l. n. 109 del 1994, è stato evidenziato come l'intimata Autorità "non sia stata dotata di poteri di supremazia gerarchica nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, statali o locali, così da poter ipotizzare un potere di annullamento per vizi di legittimità dei provvedimenti da queste adottati in tema di affidamento di lavori pubblici".

A conforto di tale assunto il Consiglio di Stato ha richiamato la disposizioni contenute nel comma 9 dell'art. 4 della l. n. 109/94 "a mente del quale, qualora, a seguito dell'esercizio dei poteri ispettivi o di verifica, l'Autorità accerti l'esistenza di irregolarità, essa è tenuta a trasmettere gli atti ed i propri rilievi agli organi di controllo e, se le irregolarità hanno rilevanza penale, agli organi giurisdizionali competenti; nel caso di pregiudizio per il pubblico erario, gli atti ed i rilievi sono trasmessi anche ai soggetti interessati e alla procura generale della Corte dei Conti".

In precedenza la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 482 del 7 novembre 1995, aveva scolpito la natura dell'organismo di nuova istituzione quale Autorità indipendente, chiamata "ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione" ed attribuita di una "funzione di vigilanza e garanzia" basata sulla

"conoscenza completa ed integrata del settore dei lavori pubblici", nell'esercizio della quale non sostituisce né si surroga ad alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo bensì esprime "una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo".

Ai fini che occupano, i compiti in materia di vigilanza già attribuiti all'Autorità dalla legge Merloni sono stati confermati dal Codice dei Contratti.

L'art. 6 del d.lgs. n. 163/2006, al comma 7, ne ha infatti ribadito le, ormai consolidate, attribuzioni di vigilanza "sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente", unitamente alla possibilità di verificare "anche con indagini campionarie, la regolarità delle procedure di affidamento"; di accertamento "che dall'esecuzione dei contratti non sia derivato pregiudizio per il pubblico erario"; di segnalazione al Governo e al Parlamento di "fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui contratti pubblici"; di esercizio "dei poteri sanzionatori ad essa attribuiti"; nonché, infine, di vigilanza "sul sistema di qualificazione con le modalità stabilite dal regolamento di cui all'articolo 5", ancorché, in tale specifico settore, le siano stati assegnati nuovi poteri, consistenti nell'annullamento "in caso di constatata inerzia degli organismi di attestazione" delle attestazioni "rilasciate in difetto dei presupposti stabiliti dalle norme vigenti" ovvero nella sospensione, in via cautelare, delle attestazioni stesse.

Strumentale all'esercizio dei predetti compiti è la possibilità espressamente prevista di richiedere "alle stazioni appaltanti, agli operatori economici esecutori dei contratti, alle SOA nonché ad ogni altra pubblica amministrazione e ad ogni ente, anche regionale, operatore economico o persona fisica che ne sia in possesso, documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare, al conferimento di incarichi di progettazione, agli affidamenti", nonché di "disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi anche della collaborazione di altri organi dello Stato"; nonché ancora di "disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria" (comma 9, lett. a, b, e c).

A presidio del corretto esercizio dell'attività di vigilanza, è prevista l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti dei soggetti che rifiutino, od omettano, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, richiesti dall'Autorità, ovvero ancora nei confronti degli operatori economici che non ottemperino alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché, infine, nei confronti degli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione (comma 11).

Non appare inutile ricordare come, in merito ai poteri ispettivi e sanzionatori dell'Autorità, la Corte Costituzionale (sentenza n. 482 del 1995, cit.), abbia osservato che anche le ispezioni o le indagini a campione, che l'Autorità può disporre, "sono strumentali per lo svolgimento delle funzioni di vigilanza e non comportano ingerenze negli indirizzi e nelle scelte relative alla realizzazione delle opere. Il potere dell'Autorità di sanzionare con provvedimento amministrativo

l'omessa o non veridica trasmissione di dati richiesti, già riconosciuto ad altre autorità indipendenti, è connesso al rispetto dell'obbligo di comunicare gli elementi di informazione necessari per l'esercizio delle funzioni di vigilanza."

2.1. Nel caso di specie, con la deliberazione impugnata, l'Autorità, ha espresso il suo giudizio sulla vicenda oggetto di segnalazione, ritenendo, in particolare che S. s.p.a. "debba svolgere esclusivamente le attività strumentali alle esigenze e finalità del Ministero dell'Ambiente, della Tutela del Territorio e del Mare, fornendo le proprie prestazioni sostanzialmente in via esclusiva a quest'ultimo" e che, in quanto amministrazione aggiudicatrice, nella specie dell'organismo di diritto pubblico, facente capo ad una autorità governativa centrale, "sia tenuta all'applicazione della parte I e della parte II, titoli I e II, nonché della parte IV" del d.lgs. n. 163/2006.

Ha, inoltre, espressamente censurato l'operato della società in quanto "nell'affidare i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria ha ripetutamente violato le previsioni dell'art. 91, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 163/2006".

In ragione di quanto precede, ha quindi invitato S. a recepire, ai sensi dell'art. 6, commi 9 e 11, le osservazioni formulate e a comunicare gli eventuali provvedimenti adottati al fine di adeguare il proprio operato ai rilievi mossi.

Tale essendo il tenore della delibera, deve convenirsi con la difesa dell'Autorità che la stessa non reca alcuna statuizione di carattere costitutivo, in quanto non dispone l'annullamento o, comunque, la privazione degli effetti, di alcuno degli atti adottati da S., ovvero dei contratti in essere.

Si tratta, in sostanza, più che di una manifestazione di volontà, di una rappresentazione di giudizio, con il contestuale invito rivolto a S. (e ai soggetti pubblici con i quali intrattiene rapporti) ad esercitare i propri poteri di autotutela.

Al riguardo, è bene precisare che anche tale invito non ha carattere imperativo poiché, da un lato, come già evidenziato, l'Autorità non è stata dotata del potere di modificare autoritativamente le situazioni da esse repute

contra legem

, mentre, dall'altro, le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal cit. art. 6, comma 11, del d.lgs. n. 163/2006, attengono, per quanto qui interessa, esclusivamente alla violazione degli obblighi di collaborazione posti in capo alle stazioni appaltanti, agli operatori economici nonché alle persone fisiche che siano in possesso di "documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare [...]".

Quanto, poi, alla circostanza che, sulle stesse questioni sottoposte all'esame dell'Autorità, fosse pendente un ricorso giurisdizionale, rileva il Collegio che la possibilità che essa si esprima su fattispecie oggetto di contenzioso è, a ben vedere, del tutto fisiologica.

Sul piano strettamente giuridico, non può infatti ravvisarsi interferenza alcuna, attesa l'ontologica differenza sussistente tra la funzione giurisdizionale e l'attività amministrativa di vigilanza di cui, in precedenza, si sono richiamati i tratti essenziali.

In definitiva, la delibera impugnata, costituisce soltanto, una, per quanto autorevole, opinione dell'Autorità, inidonea, come tale, ad arrecare un concreto pregiudizio nella sfera giuridica della ricorrente.

3. In ragione delle suesposte argomentazioni, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

Sembra equo, peraltro, in ragione della peculiarità della fattispecie, disporre la compensazione delle spese.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. I^a, definitivamente pronunciando sul ricorso, di cui in premessa, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Giorgio Giovannini

L'ESTENSORE

Silvia Martino

IL CONSIGLIERE

Roberto Politi

Depositata in Segreteria il 21 febbraio 2012