



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 1642 del 2008, proposto da:
C.Lotti & - Associati Societa' di Ingegneria s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo costituito con la mandante impresa “Studio FC & RR Associati s.r.l.”, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ignazio Scuderi e Antonio Giuffrida, con domicilio eletto presso Antonio Giuffrida in Roma, via Gregorio VII, n. 396;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri - Commissario Delegato per l'Emergenza nel Comune di Lipari, rappresentati e difesi *ope legis* dall'Avvocatura Dello Stato, con domicilio *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

- Comune di Lipari, Prefettura di Messina;

nei confronti di

Sogesid – Società per la Gestione degli Impianti Idrici s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Vinti e Pierfrancesco Palatucci, con domicilio eletto presso Studio Legale Vinti & Associati in Roma, via Emilia, 88;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Federazione Confindustria Servizi Innovativi e Tecnologici, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Giuffrida e Valentina Magnano San Lio, con domicilio eletto presso Antonio Giuffrida in Roma, via Gregorio VII, 396;

per l'annullamento

- della convenzione sottoscritta il 5 ottobre 2007, conosciuta a seguito della nota di trasmissione del 4 gennaio 2008 numero 39650 di protocollo, non preceduta da alcun atto di aggiudicazione, con la quale il Commissario Delegato ha affidato a Sogesid i servizi di supporto all'ufficio del Commissario Delegato, tra i quali, oltre all'assistenza tecnica, l'attività di progettazione e “le funzioni direzione lavori e/o alta sorveglianza, fornendo le figure prescritte dal d.P.R. 554/99 ed eventuali s.m.i. per l'Ufficio di Direzione”;

- ove occorra e nei limiti di interesse, ogni altro atto e/o provvedimento, precedente o successivo, comunque connesso, presupposto e/o consequenziale, ed allo stato sconosciuto, ivi compresi la successiva ordinanza del Commissario Delegato per l'Emergenza del 12 dicembre 2007 numero 3 e il Documento Preliminare alla Progettazione adottato dal RUP di cui alla nota del 3

gennaio 2008 (nonché, ove occorra, e nei limiti dell'interesse, l'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 gennaio 2008, n. 3646).

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Commissario Delegato per l'Emergenza nel Comune di Lipari e di Sogesid - Società per la Gestione degli Impianti Idrici s.p.a.;

Visto l'atto di intervento *ad adiuvandum*;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2012 il dott. Silvia Martino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 36, co. 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. L'Ati ricorrente espone che, nell'agosto del 2001, dopo l'espletamento di un concorso di progettazione, sottoscriveva con il Comune di Lipari un contratto per l'assistenza tecnica (progettazione preliminare, definitiva, esecutiva, direzione dei lavori, etc.), in ordine all'esecuzione delle opere del ciclo dell'acqua nello stesso Comune.

Soggiunge che, nel corso degli anni, ha consegnato all'amministrazione comunale diversa documentazione tecnica relativa al progetto generale di opere depurative, fognarie e acquedottistiche e

alcuni stralci funzionali di importo pari alle somme già nella disponibilità dell'amministrazione pari a circa 6 mln. di euro.

In seguito alla dichiarazione dello stato di emergenza idrica, parte ricorrente, che già aveva riscontrato l'inattività dell'amministrazione nell'adempimento delle pattuizioni contrattuali, la sollecitava ad attuare una serie di adempimenti di sua competenza (Via, varianti urbanistiche, etc.), propedeutici all'esecuzione delle opere progettate.

Nel frattempo, come accennato, con una prima ordinanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del luglio 2002, il Sindaco del Comune di Lipari veniva nominato Commissario Delegato per l'Emergenza, con il compito, tra l'altro, di "realizzare interventi atti limitare i gravi disagi derivanti dall'emergenza idrica".

Con ordinanza commissariale n. 1 del 2 agosto 2005, veniva approvato un programma di interventi prioritari, tra i quali quelli relativi alla "progettazione, realizzazione e potenziamento delle opere di fognatura, calettamento, depurazione e riutilizzo delle acque reflue dell'abitato di Lipari", nonché quelli necessari per assicurare "l'approvvigionamento idropotabile del Comune di Lipari in modo stabile e continuativo".

Dall'altro, prosegue la ricorrente, veniva avviato un processo ricognitorio della documentazione già esistente presso il Comune di Lipari in relazione agli interventi prioritari.

A tale, fine, in particolare, il progetto preliminare presentato dalla ricorrente veniva sottoposto al procedimento di verifica di cui all'art. 46 del d.P.R. n. 554 del 1999, nonché inviato al Dipartimento

della Protezione civile, al Ministero dell'Ambiente e al Soggetto Attuatore.

Nel gennaio 2007, l'Ati ricorrente partecipava ad alcune riunioni operative presso il Ministero dell'Ambiente, consegnando altresì cospicua documentazione tecnica, riscontrata dal Rup del Commissario.

Ciononostante, prosegue l'Ati Lotti, pur essendo il Commissario già in possesso di una completa e idonea progettazione, senza in alcun modo interloquire con la ricorrente, decideva di sottoscrivere con l'attuale controinteressata Sogesid una convenzione comprensiva anche dell'attività di progettazione già espletata.

Infine, il Presidente del Consiglio dei Ministri, con ordinanza del 23 gennaio 2008, n. 3646, individuava nel Prefetto di Messina il Commissario Delegato per l'Emergenza nelle isole Eolie.

Avverso le siffatte determinazioni, preclusive di ogni aspettativa delle ricorrente circa la prosecuzione delle attività concordate nel 2001, viene in particolare dedotto:

1) Violazione di principi in materia di affidamento di servizi. Violazione del d.l.gs 12 aprile 2006 n. 163, della l. n. 109/94, del d.P.R. n. 554/99. Eccesso di potere per contraddittorietà, travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, sviamento e violazione delle ordinanze della Presidenza del Consiglio dei Ministri con le quali sono stati affidati i poteri di emergenza. Illegittimità derivata.

Il testo della Convenzione impugnata evidenzia che alla Sogesid

vengono affidati i “servizi di supporto” dell’Ufficio del Commissario Delegato, l’attività di assistenza tecnica, di progettazione preliminare ed, eventualmente, anche definitiva, le funzioni di direzione dei lavori etcc. .

Per lo svolgimento di tale complesso di attività, affidate senza alcuna preliminare procedura di evidenza pubblica, è stato previsto un corrispettivo determinato con riferimento alla tariffa professionale degli ingegneri e degli architetti.

Parte ricorrente reputa, altresì, che la convenzione abbia un oggetto del tutto generico e indeterminato, con la conseguenza che, in pratica, il Commissario si è spogliato in favore di Sogesid di ogni suo compito.

Egli, inoltre, si è determinato a stipulare la convenzione senza considerare che, con specifico riferimento all’attività di progettazione, già esisteva quella svolta da Lotti su incarico del Comune di Lipari.

Si tratta di una documentazione di cui, come già accennato, il Commissario aveva piena conoscenza cosicché risulterebbe inspiegabile la scelta di addivenire, *ex novo*, ad una convenzione relativa ad una attività di progettazione già espletata, per di più mediante affidamento diretto e remunerato a tariffa.

Richiama, al riguardo, la delibera n. 35 del 19.2.2003 dell’Autorità di Vigilanza secondo la quale “per far sì che l’applicazione dell’art. 17, comma 1, lett. c) della legge quadro – progettazione espletata da altre pubbliche amministrazioni – non costituisca veicolo per aggirare l’obbligo delle procedure concorsuali, per la corresponsione relativa

all'attività svolta, i soggetti affidatari di servizi inerenti alla progettazione, devono ricorrere esclusivamente all'art. 18, comma 1 (art. 92, d.lgs. 163/2006) ove viene previsto l'utilizzo di semplici dispositivi incentivanti per i dipendenti delle amministrazioni che vi attendono e non invece all'utilizzo delle tariffe professionali".

Peraltro, prosegue parte ricorrente, il comportamento di Sogesid, in altri contesti, denuncia la consapevolezza della stessa società di non possedere alcuna specifica prerogativa che, al di fuori di espresse previsioni normative, non la costringa a partecipare alle regole del mercato, tant'è che la sua presenza è riscontrabile in procedure di gara.

Sogesid, inoltre, non avrebbe la necessaria qualificazione professionale per lo svolgimento di attività di progettazione ovvero di supporto al Rup.

Non si tratta infatti di una società di ingegneria, né, a dire della ricorrente, potrebbe essa stessa avvalersi di consulenti.

E' sempre, infatti, l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici ad avere affermato, con deliberazione n. 168 del 4.11.2004, che una stazione appaltante, che incarica un soggetto estraneo all'amministrazione stessa di provvedere alla realizzazione degli elaborati progettuali, mediante la nomina, a sua volta, di un tecnico abilitato, pone in essere una sorta di delega alla progettazione, che contrasta con l'art. 17, comma 1, e con l'art. 19, comma 3, della l. n. 109/94, recante l'esplicito divieto di affidare a soggetti pubblici o privati le funzioni e le attività di stazione appaltante di lavori pubblici.

Del pari illegittimo deve considerarsi il cumulo, da parte di Sogesid, delle funzioni di progettazione, direzione dei lavori e supporto alle attività del Rup, in quanto viola il divieto posto dall'art. 8, comma 6, del d.P.R. n. 554 del 199.

L'affidamento diretto, prosegue Lotti, non si giustifica nemmeno in considerazione dei poteri di deroga attribuiti al Commissario. Infatti, i poteri di emergenza si protraggono ormai da cinque anni senza che il Commissario Delegato abbia posto in essere alcuna concreta attività.

Inoltre, in fase di emergenza, sarebbe stato più logico utilizzare un progetto già esistente, oggetto di impegnative verifiche e integrazioni.

E' noto peraltro che, a seguito di procedura di infrazione comunitaria, anche con riferimento a precedenti ordinanze commissariali, la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 ottobre 2004, ha fortemente limitato, in materia, l'utilizzo della deroga, perlomeno là dove sia possibile utilizzare le procedure acceleratorie previste dalla stessa normativa comunitaria.

La convenzione impugnata viola i principi ivi codificati, risultando priva di alcuna motivazione.

Si sono costituiti, per resistere, l'amministrazione intimata e Sogesid s.p.a..

E' intervenuta *ad adiuvandum* la Federazione della Confindustria, Servizi Tecnologici ed Innovativi.

Con ordinanza n. 1566/2008, è stata respinta l'istanza cautelare.

Le parti hanno depositato ulteriori memorie e documentazione.

Il ricorso, è stato infine assunto in decisione alla pubblica udienza del

25 gennaio 2012.

DIRITTO

1. In via preliminare, rileva il Collegio che le eccezioni sollevate dalle parti resistenti sono manifestamente prive di fondamento.

1.1. Per quanto riguarda l'eccezione di difetto di giurisdizione, occorre in primo luogo considerare che, sebbene non siano rinvenibili nell'ampia documentazione versata in atti formali delibere commissariali di affidamento diretto a Sogesid dei servizi di cui alla Convenzione del 5 ottobre 2007, presupposto di quest'ultima non può che essere una determinazione in tal senso, peraltro espressamente trasfusa nelle "premesse" della Convenzione medesima.

In esse, oltre a fare riferimento all'art. 6 dell'O.P.C.M. n. 3225 del 2 luglio 2002, e al potere di deroga ivi previsto a "disposizioni normative in materia di affidamento di servizi, di progettazione, di appalti per la realizzazione di opere", il Commissario delegato ha in particolare richiamato lo studio in precedenza elaborato da Sogesid, denominato "Strumento di programmazione per la realizzazione degli interventi nel settore idrico integrato nelle isole Eolie", poi confluito nel programma degli interventi prioritari per l'utilizzo delle risorse individuate nell'O.P.C.M. n. 3397 del 28 gennaio 2005.

Rilevata la necessità di "procedere con urgenza, fatte le necessarie verifiche tecniche amministrative e finanziarie, alla puntuale definizione degli interventi da finanziare con le risorse disponibili nonché allo sviluppo delle fasi di progettazione, affidamento ed

esecuzione dei lavori”, il Commissario ha quindi individuato nella stessa Sogesid il soggetto che possiede “i requisiti tecnici e le competenze professionali” per supportarne l’attività, oltre a costituire “un’amministrazione aggiudicatrice ai sensi e per gli effetti dell’art. 2 del d.lgs. n. 158 del 17 marzo 1995, così come recepito dall’art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006, rientrando tra l’altro nel novero di quei soggetti che perseguono un fine pubblico (soggetti istituiti per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale).”.

E’ evidente, pertanto, che l’impugnativa investe non solo la Convenzione e il suo contenuto, ma, a monte, la stessa decisione commissariale di affidare a Sogesid le attività previste, senza gara comunitaria.

E’ quasi inutile aggiungere che, comunque, l’eccezione in esame ha perso smalto in seguito alla disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 53/2010, successivamente trasfusa negli articoli 121 e 122 del codice del processo amministrativo, secondo cui spetta oggi al giudice “che annulla l’aggiudicazione” il potere di pronunciarsi anche in ordine alla inefficacia del contratto.

1.2. Non miglior sorte merita l’eccezione di difetto di interesse.

Il Collegio osserva, al riguardo, che, in disparte la sussistenza e/o consistenza di diritti soggettivi dell’Ati Lotti, discendenti dalla Convenzione stipulata nel 2001 con il Comune di Lipari, l’interesse della ricorrente alla presente impugnativa (inteso, in particolare, quale titolarità di una posizione sostanziale differenziata, configurabile quale

interesse legittimo), risulta evidente da ben due angolazioni.

Da un lato, l'Ati ricorrente è un operatore economico dello stesso settore di attività oggetto della Convenzione. Come tale è quindi, del tutto pacificamente, legittimato a contestare la scelta di affidamento diretto effettuata dal Commissario Delegato, in quanto sottrae al mercato una commessa nel settore in cui opera (cfr. Cons. St., A.P. 7 aprile 2011, n. 4).

Sotto altro profilo, è incontestato che il Commissario Delegato medesimo abbia, almeno inizialmente, valutato la possibilità di utilizzare l'attività di progettazione già espletata dalla ricorrente in favore del Comune di Lipari, creando con ciò le premesse, se non di un affidamento alla prosecuzione del rapporto, quantomeno di una posizione differenziata e qualificata del r.t.i. in seno a tale procedimento.

2. Tanto premesso, nell'ordine logico delle questioni, vanno preliminarmente esaminati i profili di doglianza relativi alla scelta del Commissario di abbandonare il progetto originario redatto dal Lotti, pur dopo la validazione operata ai sensi dell'art. 46 del d.P.R. n. 554 del 1999.

Al riguardo va immediatamente premesso che la dichiarazione dello stato di emergenza segna una vera e propria "cesura", di talché una situazione di fatto, sino a quel momento gestita dagli enti e dalle amministrazioni competenti in via ordinaria, assume un rilievo che trascende gli interessi delle stesse comunità locali coinvolte dalle singole situazioni di emergenza, richiedendo l'intervento di organi che

operano come “*longa manus*” del Governo con poteri straordinari (cfr. Corte Costituzionale 26 giugno 2007, n. 237).

Nel caso di specie, è pertanto evidente che il Commissario Delegato, Organo del tutto distinto ed autonomo rispetto al Comune di Lipari, non era affatto obbligato a proseguire e/o subentrare nella convenzione stipulata con Lotti, essendo per converso libero di operare una scelta diversa, sia pure negli ovvii limiti della funzionalità di tale scelta all’interesse pubblico perseguito.

L’eventualità di utilizzare il progetto preliminare dell’impianto di depurazione e dei collettori fognari da realizzarsi nel Comune di Lipari, risulta essere stata oggetto di alcune riunioni svoltesi tra il gennaio e il maggio del 2007 a cura della Segreteria tecnica istituita ai sensi dell’art. 1, comma 42, l. n. 308/2004, tra il Commissario Delegato (all’epoca Sindaco di Lipari), il Soggetto Attuatore, rappresentanti del Ministero dell’Ambiente, della Regione Sicilia e il progettista di Lotti.

Nel corso di tali riunioni la Segreteria tecnica esprime delle evidenti perplessità sull’idoneità del progetto del depuratore, in particolare sulla sua localizzazione in galleria in località Pignataro.

Il progetto, secondo il Ministero, avrebbe dovuto essere integralmente rivisto, in particolare (riunione del 22 – 23 gennaio 2007):

- con l’integrazione delle ipotesi di localizzazione:
- con la comparazione delle tecnologie già prese in considerazione “con altre notoriamente più idonee alla realizzazione in galleria, quali i

letti sommersi, vasche con corpi plastici di riempimento, ecc., tenendo in conto il costo complessivo dell'impianto e della galleria in relazione agli spazi necessari”;

- “con lo sviluppo della soluzione prescelta con riferimento a dati di progetto coerenti con lo studio Enea – Sogesid e condivisi con l'Autorità d'Ambito, in particolare per quanto riguarda le portate idriche”;

- con la previsione fin da subito di tutte le linee indispensabili anche per gli adeguamenti futuri.

I tecnici del Ministero esprimono perplessità anche sulla infelice collocazione, dal punto di vista paesaggistico e ambientale, dell'accesso dell'impianto, prescrivendo che, qualora dovesse essere confermata la localizzazione prescelta dovranno:

- essere adeguatamente giustificate le soluzioni adottate per lo stoccaggio e lo smaltimento dei fanghi di depurazione e per garantire il controllo delle emissioni odorigene;

- essere verificati gli impatti sia in fase di cantiere che in fase di esercizio della viabilità;

- essere studiati adeguatamente gli affacci relativi all'ingresso e gli spazi ad esso antistanti.

Nella successiva riunione, vengono richiesti ulteriori approfondimenti progettuali dell'impianto di depurazione (soprattutto in ordine all'impatto ambientale e paesaggistico) mentre, relativamente al nuovo impianto di dissalazione, viene disposto di procedere ad “aggiornamenti ed integrazioni”, di produrre le planimetrie

dell'impianto da dismettere, di giustificare, infine, la scelta di collocare i moduli ad osmosi inversa in *container*, illustrandone i vantaggi rispetto a soluzioni più tradizionali che presentano le stesse caratteristiche di viabilità.

Con una nota del 3 aprile 2007, il Ministero dichiara che “rimangono ancora irrisolti i dubbi progettuali e di ubicazione relativi agli impianti di dissalazione e di depurazione a servizio del Comune di Lipari”, ed invita nel contempo il Commissario Delegato Sindaco di Lipari a trasmettere, entro il 15 aprile, “i progetti preliminari riguardanti l'impianto di dissalazione e l'impianto di depurazione delle acque reflue raccolte nell'isola di Lipari e l'indicazione delle aree dove si intendono ubicare gli impianti medesimi”.

Nell'ultima riunione in cui risulta esaminata la progettazione presentata dal Comune di Lipari, quella del 21 – 22 maggio 2007, il Ministero comunica che “non è ancora pervenuta la documentazione integrativa richiesta dalla Segreteria tecnica nel corso della riunione del 26 marzo 2007”, mentre il Commissario si riserva espressamente di valutare “l'opportunità di ricorrere ad altra società di progettazione qualora le soluzioni sino ad ora prospettate dal concessionario del Comune non risultino valide”.

La Segreteria tecnica, infine, preso atto “della mancata trasmissione della documentazione tecnica richiesta, fa presente di non essere in grado di superare le osservazioni di cui al precedente verbale del 26 marzo 2007”, ad eccezione di quelle relative agli impianti e ai dati da assumere a base di progetto. In merito al primo punto (localizzazione)

“rimangono tuttavia confermate la necessità di approfondimento degli aspetti legati alla compatibilità ambientale dell’opera e, per quanto riguarda il secondo punto (dati di progetto) si richiede che la comunicazione del rappresentante del Commissario sia opportunamente formalizzata”.

Successivamente risulta che, come già accennato, il Commissario Delegato abbia approvato un proprio “Programma degli interventi prioritari” per le criticità dei centri abitati di Lipari e Vulcano, e che abbia sottoposto all’esame della Segreteria tecnica un “documento preliminare alla progettazione” con soluzioni innovative sia per quanto riguarda l’approvvigionamento idropotabile che per quanto riguarda le soluzioni depurative (verbale del 20.12.2007, in atti).

L’Ati Lotti reputa, per contro, che le perplessità del Ministero avrebbero dovuto essere del tutto fugate dall’intervenuta validazione da parte del Rup del Comune di Lipari, il 2.7.2007, di due distinti progetti (depuratore e dissalatore) avvenuta ai sensi dell’art. 46 del d.P.R. n. 554/99 e che tale positiva verifica renda comunque illogica, e quindi illegittima, la scelta del Commissario Delegato di optare, poco tempo dopo, per un progetto del tutto nuovo.

Il Collegio rileva però che tale verifica tecnica è stata condotta dal Rup non già con riferimento alle esigenze emerse nel corso delle riunioni svoltesi presso il Ministero dell’Ambiente, bensì avendo quale parametro di raffronto, esclusivamente, “le specifiche disposizioni funzionali, prestazionali e tecniche contenute nell’offerta del concorso di progettazione bandito” in precedenza dalla stessa amministrazione

comunale.

Tale “validazione” tecnica, di per sé, non riveste quindi alcuna valenza sintomatica in ordine all’effettiva e definitiva volontà del Commissario Delegato di fare proprie le soluzioni progettate da Lotti. Né, invero, l’Ati ricorrente ha potuto in qualche modo dimostrare che le stesse fossero effettivamente conformi alle prescrizioni ministeriali, sopra riportate, ovvero allo studio Sogesid preso a base dallo stesso Commissario delegato per la pianificazione generale degli interventi, pianificazione che, è bene ricordare, non risulta formalmente impugnata.

In tale contesto, reputa il Collegio che la scelta del Commissario medesimo di abbandonare un progetto, ormai risalente nel tempo e comunque connotato da numerose criticità, sia dal punto di vista ambientale che paesaggistico, non possa reputarsi manifestamente illogica e/o irragionevole.

3. Le considerazioni che precedono, tuttavia, non rendono immune l’operato dell’amministrazione commissariale da un più radicale profilo di illegittimità, consistente nella scelta di affidare senza gara a Sogesid il complesso delle attività di progettazione, direzione dei lavori e supporto tecnico allo stesso Commissario Delegato e al Rup.

Il Commissario Delegato ha giustificato tale scelta, in primo luogo, richiamandosi al potere di deroga alle disposizioni normative vigenti in materia di affidamento di servizi, appalti e incarichi di progettazione, conferitogli a partire dall’art. 6 dell’O.P.C.M. n. 3225 del 2 luglio 2002, nonché all’ovvia necessità di “procedere con

urgenza” stante l’intervenuta provvista finanziaria di cui all’O.P.C.M. n. 3397 del 28 gennaio 2005.

In materia, questa Sezione ha però, ormai più volte, avuto modo di affermare che l’esercizio dei poteri derogatori *ex art. 5, comma 2, della l. 24 febbraio 1992, n. 225*, necessita, comunque, di congrua esplicitazione motivazionale, da parte del Commissario Delegato, con puntuale riferimento alle norme alle quali si è inteso derogare e alle ragioni della deroga, non essendo sufficiente un mero richiamo, *per relationem*, alle stesse OO.PP.CC.MM. che hanno previsto la derogabilità di norme di legge (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I[^], 18 febbraio 2009, n. 1656; Cons. St., sez. IV 29 luglio 2008, n. 3726).

A ciò aggiungasi che, se, effettivamente, nella (mera) declaratoria dello stato di emergenza fosse *ex se* individuabile il presupposto di una situazione di indifferibile urgenza tale da giustificare la procedura adottata, non è allora dato comprendere, nel caso di specie, perché sia decorso – tra la declaratoria dello stato di emergenza e il contestato affidamento - un arco temporale di oltre cinque anni.

Né, a diversa conclusione può giungersi per il fatto che la provvista finanziaria all’uopo necessaria sia stata integrata solo successivamente, atteso che, tra l’adozione dell’O.P.C.M. n. 3397 del 28 gennaio 2005 e la stipula della convenzione con Sogesid, il 5 ottobre 2007, risultano comunque decorsi più di due anni.

In definitiva, la sequenza degli eventi, come sopra sintetizzata, convince il Collegio che non vi fosse necessità alcuna di esercitare i poteri in deroga, allo stesso risultato potendo pervenirsi anche solo

attraverso la retta applicazione delle norme comunitarie in materia di “procedure accelerate” (cfr., sul punto, la nota direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 22 ottobre 2004, invocata anche dalla ricorrente).

3.1. Nel contesto delle Premesse alla Convenzione del 5 ottobre 2007, sopra riportate, è possibile peraltro rinvenire una ulteriore motivazione che, secondo il Commissario Delegato, giustifica l'affidamento diretto in esame.

Sogesid viene infatti definita come il soggetto che possiede “i requisiti tecnici e le competenze professionali” per supportarne l'attività, oltre a costituire “un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 del d.lgs. n. 158 del 17 marzo 1995, così come recepito dall'art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006, rientrando tra l'altro nel novero di quei soggetti che perseguono un fine pubblico (soggetti istituiti per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale).”.

Al riguardo , la principale argomentazione delle resistenti è che Sogesid sia una società “*in house*” non soltanto del Ministero dell'Ambiente ma di tutte le amministrazioni dello Stato, potendo pertanto ricevere affidamenti diretti in piena conformità alle norme e alla giurisprudenza comunitarie.

3.1.1. Come noto, si parla di affidamento *in house* nell'ipotesi in cui la p.a., invece di ricorrere al mercato, affidi lo svolgimento di un'attività ad un soggetto che, pur da essa distinto, ne costituisce una *longa manus*.

In assenza di una espressa definizione normativa, è stata la giurisprudenza comunitaria che, partendo da una puntualizzazione dei concetti di appalto pubblico e di concessione di pubblico servizio, ha ricavato in negativo i confini dell'*in house providing*.

In particolare, con la nota sentenza Teckal (Corte giust. com. eu. 18 novembre 1999, causa C – 107/98) la Corte ha affermato che l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa solo quando ricorrano contemporaneamente i seguenti requisiti:

- 1) l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- 2) il soggetto aggiudicatario deve realizzare "la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano";

Il controllo "analogo" non è necessariamente rappresentato dal solo possesso dell'intero capitale sociale (Cons. St., sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440).

Diversamente dall'influenza pubblica dominante desumibile anche da un finanziamento maggioritario all'attività, esso presuppone sempre un controllo di tipo "strutturale", tale cioè da far assumere all'affidatario, come affermato in dottrina, natura di prolungamento organizzativo dell'amministrazione controllante.

Il controllo "analogo" deve essere esercitato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice che si giova delle prestazioni, eventualmente anche attraverso forme di aggregazione con altri enti,

esponenziali dei medesimi interessi in diverso ambito territoriale (Tar Lazio, II ter, 16 ottobre 2007, n. 9988; Cons. St., sez. V, 25 giugno 2002, n. 3448). In tale ipotesi, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se svolto non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo; occorre, in particolare, verificare che il consiglio di amministrazione della società di capitali affidataria *in house* non abbia rilevanti poteri gestionali, e che l'ente pubblico affidante (nell'ipotesi in esame, la totalità dei soci pubblici) eserciti, pur se con moduli societari su base statutaria, poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, caratterizzati da un margine di rilevante autonomia della *governance* rispetto alla maggioranza azionaria, sicché risulta indispensabile che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di *in house* frazionato, della totalità degli enti pubblici soci (Cons. St. , sez. V, 24 settembre 2010 , n. 7092).

Come noto, la decisione della Corte 11 gennaio 2005, in causa C – 26/03, Stadt Halle, e la successiva 21 luglio 2005, in causa C – 231/03, Coname, hanno poi stabilito la necessità che, ai fini della ricorrenza dei requisiti per l'affidamento *in house*, la partecipazione pubblica sia totalitaria. Secondo la prima decisione, la partecipazione anche minoritaria di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude in ogni

caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi.

L'investimento privato risponde invero a logiche privatistiche in potenziale e permanente conflitto di interessi con le ragioni pubblicistiche sottese alla società *in house*.

È stato osservato che, con tali pronunce, il problema relativo alla differenziazione tra il “controllo analogo” richiesto per l'affidabilità *in house* e l'influenza pubblica dominante cui deve soggiacere l'organismo di diritto pubblico risulta, in un certo senso, sdrammatizzato, in quanto la Corte, come si è appena visto, ha ammesso gli affidamenti *in house* solo per i soggetti a totale partecipazione pubblica, requisito, quest'ultimo, certo non richiesto perché possano ravvisarsi gli estremi dell'organismo di diritto pubblico.

In materia di concessioni di servizi, la Corte di Giustizia, con la sentenza 13 ottobre 2005, in causa C - 458/03, Parking Brixen GmbH, ha soggiunto che anche il controllo societario totalitario non è sufficiente se, nonostante tale partecipazione, ricorrano altri indici di autonomia sostanziale della società dall'ente che l'ha costituita, tra cui, in particolare, la previsione statutaria della possibilità di cessione a terzi di una quota del capitale sociale.

La decisione 18 gennaio 2007, in causa C – 220/05, Jean Auroux, ha statuito che un'amministrazione aggiudicatrice non è dispensata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalle direttiva appalti per il solo fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione possa essere

conclusa soltanto con determinate persone giuridiche, che abbiano esse stesse lo *status* di amministrazione aggiudicatrice e che saranno tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti.

Anche l'*in house provider*, si è osservato in dottrina, deve essere considerato a sua volta quale amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dalla sussistenza dei requisiti propri dell'organismo di diritto pubblico.

Ed invero, l'affidatario *in house*, proprio in quanto proiezione organizzativa e parte integrante dell'amministrazione controllante e affidante, è soggetto all'osservanza della disciplina pubblicistica allorché intenda reperire sul mercato risorse strumentali all'esercizio dell'attività affidatagli senza gara.

Tale sottoposizione alla disciplina pubblicistica discende dal solo fatto dell'intervenuto affidamento *in house* senza che debba procedersi al riscontro, in capo all'affidatario, dei requisiti propri dell'organismo di diritto pubblico.

In materia, si è pronunciata anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con decisione 3 marzo 2008, n. 1, la quale, con specifico riferimento all'*in house providing*, ha confermato che la sussistenza del controllo analogo deve escludersi in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria.

La stessa Adunanza plenaria ha aggiunto che la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente per la sussistenza

del controllo analogo, servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare:

- a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati;
- b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale;
- c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero;
- d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante.

Sempre il Consiglio di Stato ha, da ultimo, richiamato l'orientamento espresso nella sentenza 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel, della Corte di Giustizia, con la quale i giudici comunitari hanno preso esplicitamente posizione sull'ipotesi di controllo analogo congiunto, chiarendo che gli Enti partecipi di una società *in house* possono esercitare il controllo collettivamente, mediante l'assunzione di delibere, a maggioranza, all'interno degli organi sociali nei quali siedono i loro rappresentanti.

In sintesi, «il requisito del controllo analogo non sottende una logica “dominicale”, rivelando piuttosto una dimensione “funzionale”:

affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è dunque indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un “controllo” della governance societaria».

Il requisito del «controllo analogo» postula un rapporto che lega gli organi societari della società affidataria con l'ente pubblico affidante, in modo che quest'ultimo sia in grado, con strumenti pubblicistici o con mezzi societari di derivazione privatistica, di indirizzare «tutta» l'attività sociale attraverso gli strumenti previsti dall'ordinamento; risulta quindi indispensabile che le decisioni più importanti siano sempre sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di *in house* frazionato, della totalità degli enti pubblici soci (in tal senso Cons. St., sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082).

3.2. Nel caso oggi in esame, non è contestato che Sogesid sia una società *in house* del Ministero dell'Ambiente. La stessa società ha confermato, nel presente giudizio, che il suo attuale assetto statutario deriva dall'art. 1, comma 503, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, alla stregua del quale “Il Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentito il Ministero delle infrastrutture, è autorizzato a procedere, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, alla trasformazione della SOGESID Spa, al fine di renderla strumentale alle esigenze e finalità del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, anche procedendo a tale scopo alla fusione per incorporazione con altri

soggetti, società e organismi di diritto pubblico che svolgono attività nel medesimo settore della SOGESID Spa.”.

Ciò posto, stante il rapporto di stretta strumentalità che deve sussistere tra le attività delle impresa *in house* e le esigenze pubbliche che l'ente affidante è chiamato a soddisfare (sostanzialmente riconducibile al fenomeno dell'autoproduzione), non è dato comprendere come tale forma di controllo possa predicarsi in capo al Commissario Delegato intimato.

La società, a norma di legge e di Statuto, è infatti sottoposta al solo controllo del Ministero dell'Ambiente, sia pure con il supporto dei due rappresentanti, rispettivamente del Ministero delle Infrastrutture e di quello dell'Economia, presenti nel Consiglio di amministrazione.

Nella vicenda in esame, inoltre, risulta che il Ministero dell'Ambiente, pur avendo partecipato all'istruttoria tecnica sui progetti via via esaminati dal Commissario Delegato, non è comunque parte della Convenzione da questi stipulata con Sogesid.

Il Commissario non può quindi esercitare sulla società alcuna forma di “controllo analogo” a quello che svolge sulle articolazioni della propria struttura amministrativa, neanche nella forma c.d. “congiunta” che, come si è visto, la giurisprudenza, nazionale e comunitaria, riconosce sufficiente a tale fine.

Più in generale, appare estremamente difficile ipotizzare non solo la creazione, ma anche l'acquisizione di una partecipazione in una società “*in house*” da parte di un Organo che, per definizione, ha carattere straordinario e temporaneo, in quanto deputato a gestire una

situazione di emergenza.

3.2.1. Alla luce della missione di Sogesid, quale definita a livello normativo primario, le argomentazioni spese dalle resistenti per affermare la legittimità dell'affidamento diretto in esame, appaiono, invero, del tutto inconferenti.

Non rileva, in particolare, la circostanza che, in base alle previsioni statutarie, Sogesid possa operare in favore di amministrazioni, centrali e locali, diverse dal Ministero dell'Ambiente o delle Infrastrutture, in quanto non è qui in discussione l'estensione dell'oggetto sociale, quanto la sussistenza o meno di un rapporto di immedesimazione organica con gli Enti affidanti.

Neppure rileva la circostanza, evidenziata dall'Avvocatura dello Stato (e prima ancora dal Commissario Delegato) che Sogesid costituisca un'amministrazione aggiudicatrice, segnatamente un organismo di diritto pubblico, in quanto, tale qualificazione se la obbliga, per un verso, ad applicare il Codice dei contratti, non la legittima, per l'altro, a ricevere affidamenti diretti, dovendo a tal fine sussistere i distinti presupposti dell'*in house providing*.

L'affidamento diretto a Sogesid, non può giustificarsi nemmeno in considerazione di quanto in precedenza disposto dall'art. 17, comma 1, lett. c) della l. n. 109/94 e oggi dall'art. 90, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, secondo cui le "Le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla

formazione del programma triennale dei lavori pubblici” possono essere espletate, tra gli altri, anche “c) dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge”.

Nessuna delle parti resistenti ha infatti saputo indicare quale sia la specifica norma di legge che consente al Commissario Delegato di avvalersi delle prestazioni di Sogesid in regime di affidamento diretto.

Appare irrilevante, infine, il riferimento fatto da Sogesid all’attribuzione delle personalità giuridica non già in capo ai singoli Ministeri, quanto allo Stato – Ente nel suo complesso, circostanza che, a suo dire, le consentirebbe di porsi quale organismo *in house* di tutto lo Stato.

Si è visto, infatti, che ciò che conta ai fini dell’*in house providing* è l’esistenza, in concreto, di una catena di comando riconducibile ad uno specifico centro di imputazione di interessi, quali indubbiamente sono anche i singoli Ministeri, secondo la configurazione datane da norme di legge o in base alla legge, ai sensi dell’art. 97 della Costituzione.

4. L’illegittimità dell’affidamento diretto disposto nei confronti di Sogesid, consente di assorbire tutte le restanti censure relative al contenuto della convenzione.

E’ infatti evidente che, una volta ricondotto l’affidamento dei servizi di progettazione in esame nell’alveo del Codice dei contratti, i requisiti di qualificazione e le modalità di remunerazione, devono essere definiti dal bando di gara e dal relativo disciplinare.

Allo stesso modo, quanto alla dedotta violazione dell'art. 8, comma 6, del d.P.R. n. 554 del 1999, alla stregua del quale gli "Gli affidatari dei servizi di supporto di cui al presente articolo non possono partecipare agli incarichi di progettazione ovvero ad appalti e concessioni di lavori pubblici nonché a subappalti e cottimi dei lavori pubblici con riferimento ai quali abbiano espletato i propri compiti direttamente o per il tramite di altro soggetto che risulti controllato, controllante o collegato a questi ai sensi dell'articolo 17, comma 9, della Legge", la stessa è una diretta conseguenza dell'impossibilità di configurare Sogesid quale organismo *in house* anche del Commissario Delegato e non già, invece, del solo Ministero dell'Ambiente.

4.1. In definitiva, per quanto appena argomentato, il ricorso, *in parte qua*, risulta fondato, dovendo annullarsi l'affidamento diretto da parte del Commissario Delegato dei servizi di cui alla Convenzione in data 5 ottobre 2007.

5. Ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. a del Codice del Processo amministrativo: "Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva:

a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale

dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 [...]”.

Peraltro, ai sensi del comma 2 “ Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti”.

Nel caso in esame, con la memoria depositata in data 23.12.2011, Sogesid ha rappresentato quanto segue:

la programmazione oggetto della convenzione è stata immediatamente definita;

relativamente alla Sezione “A” del progetto, comprendente il dissalatore di Lipari e le opere correlate, Sogesid ha redatto il progetto preliminare per una gara di appalto integrato. Il relativo contratto di appalto è stato stipulato in data 14.12.2010. I lavori sono in corso e sono diretti da Sogesid, in forza dell'incarico all'uopo affidato dal Commissario Delegato con determina n. 2 del 26.10.2010;

quanto alle Sezioni B, C, e D, il progetto preliminare, redatto da Sogesid, è stato approvato con determina n. 3 del 29.10.2010; il progetto definitivo per la gara di appalto integrato, redatto da un professionista incaricato dal Commissario e coordinato da Sogesid, è stato approvato il 5.12.2011, per un importo a base di gara di euro 20.702.025,73; il relativo bando di gara per l'esecuzione dei lavori è in corso di pubblicazione.

Ciò posto, rileva il Collegio che, di tutto quanto, ancorché

puntualmente, affermato da Sogesid, non esiste agli atti idonea documentazione, come pure non esiste una relazione dell'amministrazione sullo stato di attuazione della convenzione del 5 ottobre 2007.

Reputa pertanto che, al fine di valutare la sorte di siffatta convenzione, ai sensi delle richiamate disposizioni del c.p.a., sia necessario acquisire una relazione di chiarimenti del Commissario Delegato per l'Emergenza nelle isole Eolie, corredata delle pertinente documentazione.

Per i predetti incumbenti, appare congruo il termine di giorni trenta, decorrente dalla comunicazione e/o notificazione, della presente sentenza non definitiva.

E' riservata ogni decisione, in rito, in merito e sulle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. I[^], pronunciando in via non definitiva sul ricorso di cui in premessa, così provvede:

- 1) annulla la determinazione commissariale di affidamento diretto a Sogesid s.p.a. dei servizi di cui alla convenzione in data 5 ottobre 2007;
- 2) dispone, ai fini dell'ulteriore trattazione della causa, gli incumbenti di cui in motivazione.

Fissa, in prosieguo, la pubblica udienza del 6 giugno 2012.

Spese al definitivo.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio

2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)