



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO
REGIONALE DEL LAZIO
-SEZIONE II -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.12320 del 2006, proposto da Soc. Gemma, Gestione Elaborazioni Misurazioni Monitoraggi per l'Amministrazione s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Nicola Alessandro Saldutti ed Andrea Saldutti ed elettivamente domiciliata nel loro studio in Roma, via Cesare Beccaria n.18;

CONTRO

Soc. Sogei, Società Generale d'informatica s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Damiano Lipani e Francesca Sbrana ed elettivamente domiciliata in Roma, via Ennio Quirino Visconti n.20;
e nei confronti di

FINSIEL spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore* e Alfa 81 spa in persona del legale rappresentante *pro tempore*, ora RTI ALMAVIVA spa, rappresentate e difese dagli Avvocati Filippo Lattanzi e Roberto Colagrande, elettivamente domiciliate nello studio degli stessi in Roma, via Pierluigi da Palestrina n.47;

PER L'ANNULLAMENTO

del provvedimento del 18 ottobre 2006 con il quale SOGEI s.p.a. ha disposto la esclusione della Società Gestione Elaborazione Misurazioni Monitoraggi per l'Amministrazione spa, GEMMA, dalla licitazione privata per l'affidamento del servizio di acquisizione vettoriale di mappe catastali in formato misto (*raster/vettoriale*) relative ad alcuni uffici provinciali dell'Agenzia del Territorio;

della nota del 20 nov. 2006 con la quale Sogei ha rifiutato di sospendere l'aggiudicazione della gara a favore del secondo classificato; delle statuizioni della società aggiudicatrice e della Commissione aggiudicatrice di cui ai verbali di gara; dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione del contratto a favore di altro concorrente; dell'eventuale contratto stipulato tra l'altro concorrente e la Società aggiudicatrice;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di SOGEI e delle società Finsiel e Alfa 81 spa ora ALMAVIVAspa;

Visto l'atto di costituzione di rti Almaviva spa;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 23.5.2007 il Consigliere Roberto Capuzzi, uditi altresì gli Avvocati A. Saldutti, L. Mammuccari, delegata dall'Avv.Sbrana, Lattanzi e Colagrande;

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente espone quanto segue.

Gemma spa è società mista a maggioranza azionaria privata costituita nel 1999 ai sensi dell'art.1 della legge 28 nov. 1996 n.608 costituita su iniziativa del Comune di Roma con l'intento di creare stabili opportunità occupazionali per alcune centinaia di LSU.

I soci privati della Gemma spa sono stati scelti previa procedura concorsuale ristretta, assimilata all'appalto concorso di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995 n.157 così come specificato ed integrato dal DPR 16 settembre 1996 n.533, per la individuazione del socio

privato di maggioranza di una società mista ai sensi dell'art.4 del DL 31 gennaio 1995 n.26

Con delibera del 10 febb. 1999 n.214 la G.C. di Roma aggiudicava la gara al RTI Servizi Territoriali atteso che *“per le valutazioni dell'Amministrazione appare particolarmente significativa la riqualificazione del piano di sviluppo tecnico organizzativo della società, orientato ad acquisire fin dai primi anni di attività nuove fasce di mercato non dipendenti dalla commessa del Comune di Roma”*.

Con bando di gara pubblicato in GU n.77 del 1 aprile 2006 la società Sogei indiceva una licitazione privata per l'affidamento del servizio di acquisizione vettoriale di mappe catastali in formato misto (*raster/vettoriale*) relative ad alcuni uffici provinciali dell'Agenzia del Territorio.

Presentavano domanda di partecipazione, tra gli altri, anche Gemma ed il rti Finsiel (oggi Almaviva) odierno aggiudicatario e controinteressato.

Nella seduta del 25 luglio la gara veniva aggiudicata provvisoriamente alla Gemma spa con punteggio di 78,73 cui seguiva in graduatoria il RTI Finsiel con punteggio 77,86.

Il 4 luglio veniva pubblicato in GU n.153 il decreto legge n.223 del 2006 successivamente convertito con modificazioni nella legge n.248 del 2006, talchè, vertendosi ancora nella fase di verifica in capo alla aggiudicataria dei requisiti dichiarati in sede di prequalificazione, Sogei decideva di approfondire la questione della compatibilità della partecipazione alla gara di Gemma con la normativa sopravvenuta, chiedendo alla medesima Gemma, partecipata dal Comune di Roma, di produrre, tra l'altro, copia dell'atto costitutivo nonchè dei contratti in essere con i suoi soci.

Poichè dalla istruttoria era emerso che Gemma è una società mista costituita dal Comune di Roma ai sensi della legge n.608 del 1996 avente per oggetto sociale lo svolgimento di attività di supporto all'amministrazione capitolina e dunque lo svolgimento di servizi strumentali all'attività istituzionale dell'ente locale partecipante, con nota del 18 ottobre 2006 la Sogei decideva di escludere Gemma dalla procedura selettiva in applicazione dell'articolo 13 della ripetuta legge n.248 del 2006.

Con nota del 27 ottobre Gemma contestava le motivazioni del provvedimento di esclusione ed invitava

Sogei a sospendere l'aggiudicazione della gara in favore di altro concorrente in attesa di un pronunzia definitiva del giudice amministrativo al quale preannuziava il ricorso.

Con nota del 20 nov. Sogei riteneva non fondate le contestazioni svolte dalla società ricorrente ribadendo le ragioni che a suo dire rendevano applicabile al caso di specie il divieto di cui all'art.13 della legge n.248 del 2006.

In data 20 dic. veniva stipulato il contratto tra Sogei e rti Almaviva/Alfa 81.

Da qui il ricorso affidato a vari motivi di violazione dell'articolo 13 della legge n.248 del 2006, del principio di legalità, buon andamento, par condicio. Eccesso di potere sotto svariati profili.

Violazione e falsa applicazione dell'articolo 3, 41 e 97 Cost., degli artt. 86,87 e 295 Trattato CEE, violazione dei principi di legalità. Eccesso di potere sotto altri profili.

Eccezione di incostituzionalità e di incompatibilità comunitaria.

Secondo la società ricorrente, Sogei non avrebbe considerato che la medesima società, benchè partecipata al 20% dal Comune di Roma, non

rientrerebbe nell'ambito di applicazione della legge n.248 del 2006:

-in quanto costituita dal Comune di Roma ai sensi dell'art.1 co.21 della legge n.608 del 1996, allo specifico fine di creare opportunità occupazionali per i lavoratori impegnati in progetti di lavori socialmente utili e non già per la produzione di beni strumentali;

- a parte la originaria commessa conferita dal Comune di Roma ai sensi della legge n.608 del 1996 non avrebbe mai ricevuto affidamenti in *house* nè dal Comune di Roma, nè da altre amministrazioni aggiudicatrici operando in regime di concorrenza;

-sarebbe obbligata per legge, per contratto e per statuto a reperire incarichi e commesse da soggetti diversi dall'ente locale partecipante mediante procedure selettive allo scopo di garantire, in completa autonomia rispetto agli interessi del socio Comune, la stabilizzazione delle centinaia di LSU assunti;

-la propria esclusione dalla gara si fonderebbe su una erronea interpretazione dell'art.13 giacchè verrebbe illegittimamente impedito ad un operatore economico privo di qualunque vantaggio derivante dalla partecipazione al suo capitale dell'ente locale, in

contrasto con norme di rango costituzionale e comunitarie.

Si è costituita la società Sogei chiedendo in via preliminare una pronuncia di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in relazione alla previsione contenuta nel comma 4 dell'articolo 13 a norma del quale i contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del Decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Inoltre sarebbe stato lo stesso legislatore a riconoscere espressamente l'operatività della normativa anche con riferimento alle procedure di gara bandite prima della relativa entrata in vigore.

Nel merito, Sogei esamina analiticamente tutti i singoli motivi del ricorso e chiede il rigetto dello stesso.

Ad analoghe conclusioni perviene la società Almaviva, già ati Finsiel.

In data 12 maggio 2007, in vista dell'udienza di trattazione la ricorrente ha depositato una ulteriore memoria difensiva insistendo nelle proprie argomentazioni.

Anche Sogei ed Almaviva hanno depositato ulteriori memorie difensive.

La causa dopo la discussione orale è stata trattenuta dal Collegio per la decisione all'udienza del 23.5.2007.

DIRITTO

1. Il ricorso non è meritevole di accoglimento.

2. L'articolo 13 della legge n. 248 del 2006, nel disciplinare l'ambito di applicazione della norma, al comma 1 si riferisce a: “..*società a capitale interamente pubblico o misto costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività...*”.

La ricorrente sostiene che la previsione contenuta nel summenzionato articolo 13 debba essere riferita ai soli soggetti destinatari di affidamenti in *house* e cioè a società a capitale interamente pubblico, secondo la nota giurisprudenza della Corte di giustizia.

Secondo la prospettazione della ricorrente non rientrando Gemma tra i soggetti che possono beneficiare di affidamenti in *house* in quanto società mista e quindi priva del requisito della totale partecipazione pubblica, la stessa rimarrebbe estranea all'ambito di operatività della disposizione di cui sopra.

Senonchè è agevole confutare tale doglianza atteso che il ripetuto art. 13 ricomprende, nella formulazione letterale, non solo le società a capitale interamente pubblico ma anche quelle a capitale *misto* pubblico e

privato costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche..locali.

Ancora la ricorrente sostiene che nei suoi confronti non sarebbe comunque applicabile l'articolo 13 del Decreto in quanto la società non rientrerebbe tra quelle costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche locali *per la produzione di beni e servizi strumentali* all'attività di tali enti in funzione della loro attività.

Anche tale doglianza è infondata.

Occorre pregiudizialmente analizzare la portata ed il significato, alla stregua del dettato normativo, del carattere *strumentale* all'attività dell'ente locale, dei servizi svolti di una società.

Ritiene la Sezione che possono definirsi *strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali*, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali.

Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come

invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali (per le quali il Decreto fa esplicita eccezione) che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività (TAR Puglia Sez. II, 6 settembre 2002 n.4306).

Seppure infatti tali società strumentali esercitano attività di natura imprenditoriale, ciò che rileva è che siano state costituite per tutelare in via primaria l'interesse e la funzione pubblica dell'amministrazione di riferimento, per la cui soddisfazione è anche possibile che venga sacrificato l'interesse privato imprenditoriale.

Nello Statuto della società Gemma si precisa che la stessa ha per oggetto attività di supporto all'amministrazione del Comune di Roma che si sostanzia *“nella analisi e gestione di pratiche amministrative, nella raccolta, inserimento, trattamento ed elaborazione dei dati relativi o connessi a dette pratiche con particolare riferimento al condono edilizio, all'imposta comunale sugli immobili ed al catasto edilizio urbano e dei terreni.”*

La società, in particolare, *“.. puo' gestire attività di liquidazione e di accertamento dei tributi e quelle di riscossione dei tributi e di altre entrate e delle attività*

connesse o complementari indirizzate a supporto delle attività di gestione tributaria e patrimoniale...” (art.4 Statuto sociale).

Tale previsione statutaria trova concreto riscontro nella documentazione integrativa prodotta in ottemperanza alle richieste avanzate dalla Sogei con note del 10 agosto e 18 settembre 2006 ed in particolare nella convenzione stipulata il 5 nov. 1999 con la quale il Comune di Roma affidava in via diretta alla Gemma, in relazione al condono edilizio, all'ICI, al Catasto dei fabbricati e dei terreni, ad attività di rilevanza tributaria, una serie di attività finalizzate alla rilevazione di dati utili per lo svolgimento di servizi da parte dell'Amministrazione, fermo restando che la titolarità della gestione del servizio permaneva in capo all'ente locale.

Ove poi a tali attività si siano affiancate anche attività di creazione di opportunità occupazionali, come reiteratamente evidenziato da Gemma nelle proprie difese, tali attività non potrebbero far venire meno il carattere di *strumentalità* ed accessorietà delle prestazioni rese da Gemma a favore delle attività istituzionali del Comune di Roma.

Si noti poi che la partecipazione del socio pubblico al 20% è particolarmente rafforzata da una serie di prerogative che caratterizzano tutta la organizzazione e la compagine societaria a favore del Comune (cfr. artt.5, 7, 12 e 17) e che l'originaria commessa affidata al Gemma dal Comune di Roma in via diretta, ai sensi dell'art.1, comma 21 della legge n.608 del 1996, è stata dapprima integrata con l'approvazione di un *Addendum*, e poi ripetutamente prorogata, svolgendo di fatto la società i servizi di cui alla convenzione con mandato diretto e non già all'esito di procedure selettive.

Ne consegue che non appare dubitabile nel caso della società Gemma l'operatività del divieto di cui al primo comma dell'articolo 13 del DL n.223 che proprio al fine dichiarato di *evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare parità tra gli operatori*, prevede, qualora il destinatario finale delle prestazioni si identifichi con l'ente pubblico *costituente, partecipante o affidante*, che la società non possa svolgere attività a favore di soggetti pubblici o privati diversi dall'ente o dagli enti azionisti, sia nel caso di affidamenti diretti, sia nel caso in cui sia il risultato di una procedura di gara.

Sembra evidente la *ratio* che ha spinto il legislatore che è quella di evitare che una società che, in partenza ha un mercato protetto, e dunque sia privilegiata ricevendo direttamente commesse da un ente pubblico, sia nel contempo libera di competere, per una parte della propria attività, con altri concorrenti che non usufruiscono della medesima posizione di vantaggio.

Nel caso in esame è indubbio il vantaggio competitivo della società Gemma, a tacer d'altro, anche in virtù dell'esperienza maturata per l'espletamento di servizi strumentali affidati dal socio e committente in via diretta Comune di Roma.

Significativo al riguardo è il fatto che lo scarto di punteggio (0,87) che aveva determinato l'aggiudicazione provvisoria in favore di Gemma a danno della controinteressata Finsiel/Alfa 81, seconda classificata, era riconducibile esclusivamente alla voce *“esperienze precedenti .. in maniera continuativa nell'ambito di rilevanti e riconosciute attività a carattere istituzionale”* che la ricorrente aveva avuto modo di maturare proprio in ragione dei contratti stipulati con il Comune di Roma al di fuori da procedure selettive, mentre sia quanto al merito tecnico sia

quanto all'offerta economica, la controinteressata aveva conseguito un punteggio superiore.

3. Occorre ancora sottolineare che il provvedimento di esclusione di Gemma risale alla data del 18 ottobre 2006, successiva a quella di entrata in vigore del Decreto n.223/06 (G.U. del 4 luglio 2006) a seguito di una aggiudicazione provvisoria pronunciata dopo tale data (25 luglio 2006).

Orbene il comma 4 dell'art.13 stabilisce che i contratti conclusi dopo l'entrata in vigore del decreto in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli e che restavano validi i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del Decreto, ma in esito a procedura di aggiudicazione perfezionata prima della predetta data.

Nel caso che occupa mancano entrambi i presupposti: la procedura non era stata perfezionata prima dell'entrata in vigore del Decreto, nè il contratto era stato mai concluso con Gemma.

A conclusioni identiche si addiuvano anche nella ipotesi in cui si prenda in considerazione la modifica intervenuta all'articolo 13 dalla legge finanziaria 2007 che al comma 4 ha sostituito la parola "*perfezionate*" con la parola "*bandite*" (legge finanziaria n.296 del

2006, art.1, comma 720 entrata in vigore il 1° gennaio 2007).

Si premette tuttavia che essendo il provvedimento di esclusione del 18 ottobre 2006, andava applicato alla fattispecie l'articolo 13 nel testo vigente a quella data, non potendo la nuova norma incidere su atti o fatti perfezionati nel vigore della sua precedente formulazione e che avevano trovato compiuto e definitivo esaurimento, in base ai ben noti principi generali dell'ordinamento giuridico di irretroattività della legge (art.11 preleggi al codice civile) e *del tempus regit actum*.

Si richiama in proposito l'insegnamento giurisprudenziale secondo il quale: *"..in base al principio del tempus regit actum ogni fase o atto del procedimento amministrativo...riceve disciplina per quanto riguarda la struttura, i requisiti ed il ruolo funzionale, dalle disposizioni di legge e di regolamento vigenti alla data in cui ha avuto luogo ciascuna sequenza procedimentale"* (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 maggio 2004 n.2984).

Si aggiunga che alla norma posta nella legge finanziaria 2007, non puo' attribuirsi portata di interpretazione autentica avente efficacia retroattiva, essendo essa

chiaramente innovativa avendo esteso l'ambito della originaria disposizione, riferito inizialmente a sole procedure *perfezionate*, anche procedure *bandite* prima della data di entrata in vigore.

Sostanzialmente la nuova disposizione ha previsto una sorta di sanatoria di contratti già esistenti e conclusi nonostante il divieto ove le procedure fossero state bandite prima del Decreto e non anche a salvaguardia di quei contratti che in ipotesi potrebbero concludersi.

In sostanza anche la nuova disposizione non può trovare applicazione alla fattispecie in quanto, per quanto la procedura fosse stata bandita prima dell'entrata in vigore del Decreto, comunque il contratto non è stato mai concluso esistendo solo una aggiudicazione che se conclude una fase del procedimento, non costituisce "contratto" (Cfr. TAR Lombardia, Sez. I, 31 gennaio 2007 n.140).

4. Denunzia la ricorrente la illegittimità costituzionale della norma di cui sopra per violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost.

Anche tali doglianze non hanno pregio.

Quanto all'articolo 41 è la stessa Costituzione che pone limitazioni alla iniziativa economica privata sul libero mercato, sia per tutelare interessi generali di rilievo

pubblicistico, sia per garantire esigenze della concorrenza in conformità ai principi comunitari costantemente affermati dalla Corte di Giustizia (cfr. Corte Cost., 26 gennaio 2004 n.36; 16 gennaio 2004 n.17).

L'articolo 13 del Decreto n.223 del 2006, cd. Decreto Bersani, lungi dal violare l'art. 41 Cost. ne costituisce immediata applicazione mirando dichiaratamente a preservare il mercato da alterazioni e fenomeni distorsivi delle regole della concorrenza.

Quanto all'articolo 3 della Cost., sostiene Gemma che la legittima aspettativa di profitto del socio privato di una società mista sarebbe lesa dall'applicazione dell'articolo 13 in conseguenza del divieto per le società miste di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati in affidamento diretto o gara.

Al riguardo si osserva che l'intento dichiarato del Decreto, ha come finalità precipua quella di tutela dell'interesse pubblico generale con l'introduzione di un livello ulteriore di concorrenza e di libertà nel mercato al fine di permettere agli operatori di poter agire in posizione di uguaglianza, evitando che alcune imprese possano avvantaggiarsi nel confronto

concorrenziale, della struttura della propria compagine societaria per la presenza di un socio pubblico.

La ricorrente afferma infine che la interpretazione dell'articolo 13 fornita da Sogei, escludendo qualunque soggetto partecipato da un ente locale, si porrebbe altresì in contrasto con i principi comunitari ed in particolare con quelli posti a tutela della libera concorrenza, ossia con gli artt. 87 e 295 del Trattato CEE.

Ma come rilevato dalla difesa dei resistenti, il disposto dell'articolo 13 in parola trova supporto ed ispirazione proprio nel fatto che l'Unione Europea ha reiteratamente previsto la necessità che gli Stati membri provvedano alla regolamentazione dell'accesso al mercato degli appalti pubblici da parte di organismi di proprietà o partecipati da enti pubblici, evitando distorsioni della concorrenza nei confronti dei soggetti privati (quarto considerando della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi).

La finalità della norma è dunque quella di limitare il vantaggio competitivo nella quale si trovano dette società con accesso privilegiato al mercato della

pubblica amministrazione a scapito di altri operatori privati .

In conclusione il ricorso non è meritevole di accoglimento.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso n.12320 del 2006 lo RESPINGE.

Compensa spese ed onorari del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 23.5.2007 dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione seconda, con l'intervento dei signori giudici:

Dr. Roberto CAPUZZI Presidente rel.

Dr. Silvestro Maria RUSSO Consigliere

Dr Giampiero LO PRESTI Consigliere

Presidente est.