



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 la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1035 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da Megatrend s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Fulvio Mastroviti, con domicilio eletto in Bari, via Quintino Sella, 40;

contro

Regione Puglia, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Volpe, con domicilio eletto in Bari, corso Vittorio Emanuele, 52;

nei confronti di

InnovaPuglia s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Adriana Amodeo, con domicilio eletto in Bari, piazza Garibaldi, 23;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della deliberazione della Giunta regionale n. 516 del 7.4.2009 con cui la Regione Puglia, in relazione alla costruzione del Sistema Informativo Pugliese dell'Ambiente (SIPA), ha deciso "di affidare ad InnovaPuglia s.p.a., nel rispetto della convenzione generale, in corso di approvazione, le attività di seguito indicate:

1. monitoraggio; 2 supporto tecnico specialistico alla direzione lavori; 3. assistenza per l'attività di trasferimento delle competenze”;

- nonché di tutti gli atti ed i provvedimenti presupposti, connessi e conseguenti al provvedimento impugnato;

e per la condanna della Regione Puglia al risarcimento del danno ingiusto subito;

quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 21 settembre 2009, per l'annullamento

- dell'atto di Giunta regionale n. 751 del 7.5.2009 con cui la Regione Puglia ha deliberato di approvare lo schema di convenzione con InnovaPuglia s.p.a.;

- nonché di tutti gli atti ed i provvedimenti presupposti, connessi e conseguenti al provvedimento impugnato, ed in particolare della stessa convenzione ove già stipulata tra le parti;

e per la condanna della Regione Puglia al risarcimento del danno ingiusto subito;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Puglia e di Innovapuglia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2013 per le parti i difensori avv.ti Fulvio Mastroviti, Maria Petrocelli, su delega dell'avv. Luigi Volpe, e Adriana Amodeo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La vicenda per cui è causa trae origine dalla esigenza della Regione Puglia di dotarsi di un Sistema Informativo dell'Ambiente (SIPA).

Pertanto, la Regione Puglia ebbe ad indire un'apposita procedura di gara per l'affidamento del servizio di sviluppo del progetto definitivo del SIPA.

L'appalto veniva originariamente affidato alla ditta ricorrente Megatrend s.r.l. per un prezzo complessivo di €. 490.200,00, oltre IVA.

Le attività di realizzazione del SIPA all'esito di apposita procedura di gara erano affidate al raggruppamento con capogruppo mandataria la ditta Enterprice Digital Architets s.p.a.

L'esecuzione del rapporto contrattuale veniva inizialmente sospesa per poi essere prorogata con determinazione dirigenziale n. 317/2007.

Con nota prot. n. 17596/2008 la Regione Puglia comunicava l'intenzione di procedere, attraverso avviso pubblico, alla individuazione del soggetto cui affidare il ruolo di management del progetto.

Successivamente la ricorrente Megatrend veniva a conoscenza della gravata deliberazione di Giunta regionale n. 516 del 7 aprile 2009 con cui la Regione Puglia procedeva all'affidamento in via diretta alla controinteressata InnovaPuglia s.p.a. delle attività di monitoraggio, supporto tecnico specialistico alla direzione lavori, assistenza per l'attività di trasferimento delle competenze.

Megatrend s.r.l. impugnava con l'atto introduttivo la citata DGR n. 516/2009.

Chiedeva, altresì, la condanna della Regione Puglia al risarcimento dei danni subiti.

Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 21 settembre 2009 la deducente censurava la deliberazione di Giunta regionale n. 751 del 7 maggio 2009 relativa alla approvazione dello schema di convenzione con InnovaPuglia.

Si costituivano l'Amministrazione regionale e la controinteressata InnovaPuglia s.p.a., resistendo al gravame.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso introduttivo, integrato da motivi aggiunti, sia fondato.

Preliminarmente deve essere respinta l'eccezione, sollevata dalla difesa della controinteressata InnovaPuglia, di difetto di interesse e legittimazione della società ricorrente per omessa impugnazione della nota regionale prot. n. 17596/2008 (con

cui la Regione Puglia, nel comunicare a Megatrend l'intenzione di procedere attraverso avviso pubblico alla individuazione del soggetto cui affidare il ruolo di management del progetto, sostanzialmente risolveva ogni rapporto con la ricorrente) e della DRG n. 751/2009 (che ha individuato e specificato il servizio affidato ad InnovaPuglia ed approvato la convenzione generale da stipularsi con la stessa società).

A tal proposito, va sottolineato che la società ricorrente, operando nel settore di cui al servizio affidato in via diretta ad InnovaPuglia con la delibera impugnata (DGR n. 516/2009), ha interesse non tanto alla conservazione della posizione di vantaggio connessa all'originario affidamento in proprio favore del servizio di monitoraggio delle attività relative alla realizzazione del SIPA, bensì ad ottenere il differente risultato di poter concorrere per la nuova aggiudicazione del servizio mediante l'annullamento della decisione di provvedere alla gestione *in house* delle attività di monitoraggio.

Da ciò l'irrilevanza dell'omessa impugnazione della nota regionale prot. n. 17596/2008.

Ha evidenziato sul punto T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318 "Nel caso in cui si contesti la legittimità della scelta di affidare il servizio trasporto disabili con il metodo del c.d. *in house providing*, la legittimazione attiva di parte ricorrente va rinvenuta proprio nella sua connotazione di imprenditore di settore, che mira a tutelare il proprio interesse strumentale ad avere una *chance* per la partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica."

In termini analoghi si è espresso T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 9 gennaio 2007, n. 72.

In ogni caso, l'eccezione concernente l'omessa impugnazione con il ricorso introduttivo della deliberazione di G.R. n. 751 del 7 maggio 2009 è superata poiché nel momento in cui la ricorrente ha avuto conoscenza dell'esistenza di tale

deliberazione attraverso il deposito in giudizio ha provveduto alla tempestiva impugnazione della stessa con i motivi aggiunti notificati in data 16-17 settembre 2009.

Inoltre, la circostanza della indizione, da parte della società InnovaPuglia, con bando spedito alla GUCE in data 21.5.2010 di una procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di supporto nell'analisi dei processi, progettazione e monitoraggio, sviluppo e manutenzione, assistenza, in ambito ICT, procedura cui Megatrend ha partecipato per il lotto n. 1 (conseguendo, peraltro, l'ammissione alla fase della presentazione dell'offerta) non esclude l'interesse della stessa ricorrente all'annullamento della deliberazione n. 516/2009 di affidamento in via diretta del servizio per cui è causa alla controinteressata.

L'oggetto del bando in esame (ai sensi del punto II.1.1: "affidamento dei servizi di supporto nell'analisi dei processi, progettazione e monitoraggio, sviluppo e manutenzione, assistenza, in ambito ICT") è, infatti, estremamente contenuto e delimitato rispetto al ben più ampio oggetto dell'affidamento *in house* di cui alla gravata DGR n. 516/2009 ("Costruzione del Sistema informativo pugliese dell'Ambiente (SIPA) - affidamento delle attività di monitoraggio, di supporto tecnico-specialistico alla direzione dei lavori e di assistenza per le attività di trasferimento delle competenze ad InnovaPuglia s.p.a.").

E', quindi, evidente l'interesse strumentale, anche economico, della ricorrente alla partecipazione ad una gara ad oggetto ben più ampio, interesse che non si esaurisce e non può ritenersi soddisfatto dalla circostanza della sua partecipazione ad una diversa gara con oggetto limitato.

Nel merito, ritiene questo Giudice che, come correttamente evidenziato da parte ricorrente, la controinteressata InnovaPuglia s.p.a. è una società *in house* (i.e. beneficiaria di un affidamento diretto senza gara pubblica) la cui purezza appare "inquinata" poiché il proprio statuto (cfr. artt. 8 e 11) prevede la possibilità di

libera alienazione di quote sociali/azioni a terzi (che, peraltro, non è escluso possano essere soggetti privati) e contempla penetranti poteri dell'organo amministrativo (cfr. art. 19).

Inoltre, ai sensi dell'art. 13, punto 3 dello statuto di InnovaPuglia s.p.a. l'Assemblea dei soci nomina e revoca l'Amministratore unico ovvero i componenti del Consiglio di Amministrazione ed il Presidente del Consiglio di Amministrazione.

Ciò significa che, se in futuro - in forza del combinato disposto di cui agli artt. 8 e 11 dello statuto - dovessero entrare a far parte della compagine sociale di InnovaPuglia soggetti privati, gli stessi sarebbero chiamati a concorrere alla nomina/revoca dell'organo amministrativo della società controinteressata.

Ne consegue che l'influenza della Regione sulla scelta/nomina/revoca dell'organo amministrativo di InnovaPuglia potrebbe essere in futuro alquanto limitata.

In ogni caso, non è la Regione Puglia o la Giunta Regionale a nominare/revocare in via diretta il vertice amministrativo di InnovaPuglia.

Conseguentemente, non ricorre il requisito del "controllo analogo", così come richiesto da Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, necessario affinché possa legittimamente disporsi un affidamento diretto *in house* senza previo esperimento di gara pubblica.

A tal riguardo, evidenzia l'Adunanza Plenaria:

«L'affidamento diretto (*in house*) di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna (ossia, soggettivamente separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una "derivazione", o una "*longa manus*", dell'ente stesso. Infatti, in ragione del cd. "controllo analogo", che richiede non solo la necessaria partecipazione pubblica totalitaria (posto che la partecipazione, pur 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 sulla medesima un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi) e la presenza di strumenti di controllo da parte dell'ente più incisivi rispetto a quelli previsti dal diritto civile (non deve essere statutariamente consentito che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati; il consiglio di amministrazione della società deve essere privo di rilevanti poteri gestionali; all'ente pubblico controllante dev'essere consentito l'esercizio di poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale; l'impresa non deve acquisire una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico, con la conseguente apertura obbligatoria della società ad altri capitali, fino all'espansione territoriale dell'attività a tutta l'Italia e all'estero; le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante) e della cd. "destinazione prevalente dell'attività" (cioè il rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell'impresa e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a soddisfare), l'ente "*in house*" non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa.».

L'esclusione del requisito del "controllo analogo" in ipotesi - i cui estremi ricorrono nella fattispecie oggetto del presente giudizio - di statuto societario dell'ente affidatario che consenta l'astratta trasferibilità di una quota del capitale sociale, anche minoritaria, a terzi era stata in precedenza affermata da Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072 e da Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591, in tal modo allineandosi la giurisprudenza amministrativa italiana alle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (cfr. in particolare Corte Giustizia CE, Sez. I, 13 ottobre 2005, n. 458).

In forza dei citati precedenti, affinché possa ritenersi legittimo un affidamento diretto a soggetto *in house*, lo statuto societario deve garantire in via certa e

permanente l'incapacità a privati delle azioni, all'evidente scopo di evitare meccanismi elusivi dell'evidenza pubblica finalizzati ad affidare in via diretta a privati gli appalti pubblici (attraverso una successiva cessione di parte del capitale a soggetti privati).

Dalle argomentazioni espresse in precedenza discende l'accoglimento della domanda impugnatoria di cui all'atto introduttivo ed ai motivi aggiunti e, per l'effetto, l'annullamento degli atti gravati.

Ogni altra censura formulata da parte ricorrente resta assorbita.

Non può, viceversa, trovare accoglimento la domanda risarcitoria, essendo rimasta sfornita di supporto probatorio.

In considerazione della natura e della peculiarità della presente controversia, nonché della qualità delle parti e della novità delle questioni affrontate, sussistono gravi ed eccezionali ragioni di equità per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, integrato da motivi aggiunti, così provvede:

- 1) accoglie la domanda impugnatoria e, per l'effetto, annulla gli atti gravati;
- 2) respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giacinta Serlenga, Primo Referendario

Francesco Cocomile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/04/2013

IL SEGRETARIO

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