

TAR Toscana sez. I, 13/6/2011 n. 1041

Società in house- Rientrano nel concetto di stazione appaltante- Attività di progettazione- Rientra nell'ambito di previsione dell'art. 90, comma 1, lett. a) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 814 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Ordine degli Ingegneri della Provincia di Siena in persona del Presidente in carica, rappresentato e difeso dall'avv., con domicilio eletto pressoi in ..., via;

contro

il Comune di Montepulciano in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. ..., con domicilio presso la Segreteria del T.A.R. in Firenze, via Ricasoli 40;

nei confronti di

Montepulciano Servizi S.r.l. in persona del legale rappresentante in carica, n.c.;

per l'annullamento

1) della deliberazione del Consiglio Comunale n. 16 del 27/2/2010, affissa all'Albo Pretorio dal 4/3/2010 e per i successivi 15 gg., avente ad oggetto "Società "Montepulciano Servizi s.r.l."- Affidamento funzioni inerenti la realizzazione delle opere pubbliche";

2) della deliberazione della Giunta Comunale n. 74 del 22/3/2010 avente ad oggetto "approvazione convenzione che disciplina i rapporti tra il Comune e la Società Montepulciano Servizi s.r.l. per la realizzazione di una nuova scuola a S. Albino";

3) della "convenzione", allegata alla deliberazione della Giunta Comunale n. 74/2010 per farne parte integrante e sostanziale, "tra il Comune di Montepulciano e Montepulciano Servizi s.r.l. in merito alle funzioni per la realizzazione di una nuova scuola a S. Albino";

4) per quanto occorrer possa, della deliberazione del Consiglio Comunale n. 13/2009 e successivi atti del 18/3/2009 del Notaio Amorosa Rep. 9117 e del 7/5/2009 rep. n. 3438;

giusta motivi aggiunti, della deliberazione del Consiglio Comunale n. 3 del 18.1.2011, affissa all'Albo Pretorio dal 27.1.2011 per i successivi 15 gg., avente ad oggetto "Società "Montepulciano Servizi s.r.l." - Modifiche Statuto - Approvazione" nella parte in cui si autorizza il Sindaco del Comune di Montepulciano ad approvare in sede di Assemblea dei Soci le modifiche al testo dello Statuto ed in particolare "ad ampliare l'oggetto sociale con inserimento: gestione di servizi e funzioni inerenti la realizzazione di opere pubbliche"; dell'Allegato A alla suddetta deliberazione recante "Statuto sociale - Testo approvato con delibera di consiglio n.13/2009- Modifiche proposte" nella parte in cui (art. 4 comma 1) specifica che la Montepulciano Servizi s.r.l. "potrà inoltre essere affidataria di...- servizi e funzioni inerenti la realizzazione di opere pubbliche" e di ogni altro atto ad essi presupposto, connesso e conseguente.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Montepulciano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2011 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le

parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Montepulciano, con deliberazione consiliare 19 gennaio 2009 n. 13, ha costituito una società a responsabilità limitata unipersonale denominata Montepulciano Servizi s.r.l., interamente partecipata, per lo svolgimento dell'attività diretta all'elaborazione ai fini della riscossione delle entrate comunali e stabilito che possano esserle affidati anche altri servizi, aventi o meno rilevanza economica ai sensi del d.lgs. 18 agosto 200, n. 267. Con successiva deliberazione consiliare 27 febbraio 2010, n. 16, le ha affidato le funzioni inerenti la realizzazione delle opere pubbliche, e con successiva deliberazione giunta 22 marzo 2010, n. 74, ha approvato una convenzione con la stessa per l'affidamento, tra l'altro e per quanto di interesse nella presente sede, della progettazione, direzione lavori e contabilità e collaudo tecnico amministrativo relativamente alla nuova scuola di S. Albino.

L'Ordine degli ingegneri di Siena, con ricorso notificato il 17 maggio 2010 e depositato il 21 maggio 2010, ha impugnato gli ultimi due provvedimenti lamentando, con un unico articolato motivo, che l'intimata Amministrazione avrebbe violato l'art. 90 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 prevedendo che le suddette prestazioni possano essere svolte da un soggetto diverso da quelli elencati nel medesimo, tanto più che la società in questione è stata costituita per lo svolgimento di servizi pubblici locali nei quali non sono comprese le attività di progettazione delle opere pubbliche, né la direzione lavori né il collaudo dette stesse. Non potrebbe a tal fine essere invocato l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248, poiché questo non avrebbe derogato né integrato in alcun modo l'art. 90 del d.lgs. 163/06.

Si è costituito il Comune di Montepulciano replicando che la Montepulciano Servizi s.r.l. sarebbe una società in house poiché su di essa eserciterebbe un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. L'impresa dunque non sarebbe qualificabile come un soggetto terzo rispetto all'amministrazione, ma alla stregua di un suo servizio. Inoltre le sono state affidate non solo progettazione, direzione lavori ed esecuzione dell'opera pubblica in questione, ma tutte le fasi relative all'intervento e pertanto la fattispecie esulerebbe dall'ambito di applicazione dell'art. 90, d.lgs. 163/06. L'art. 13 del d.l. 223/06 non imporrebbe poi alle società da esso contemplate di svolgere unicamente attività strumentali a favore degli enti detentori del capitale sociale, ma solo di operare in esclusiva con i medesimi.

Con ordinanza n. 482 del 22 giugno 2010 è stata respinta la domanda incidentale di sospensione per difetto del periculum in mora.

Con motivi aggiunti notificati l'11 marzo 2011 e depositati il 21 marzo 2011 è stata impugnata la deliberazione consiliare del Comune intimato 18 gennaio 2011, n. 3, nella parte in cui il Sindaco viene autorizzato ad approvare nell'assemblea dei soci della società controinteressata le modifiche allo statuto, e in particolare ad ampliare l'oggetto sociale con l'inserimento della gestione dei servizi e delle funzioni inerenti la realizzazione delle opere pubbliche.

All'udienza dell'11 maggio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. La soluzione della controversia deve prendere le mosse dall'esame dell'art. 90 del d.lgs. 163/06. La fattispecie infatti non esula dal suo ambito di applicazione, contrariamente a quanto sostiene la difesa comunale. Posto che alla società Montepulciano Servizi sono state affidate tutte le funzioni e le attività amministrative strumentali per la realizzazione di opere pubbliche, ne segue che tra esse è senz'altro compresa anche la progettazione delle medesime, e la circostanza che sia stata affidata unitamente alle altre non esonera l'Amministrazione comunale dal rispetto di tale disposto normativo.

L'art. 90, comma 1, del d.lgs. 163/06 prevede che, se non affidate a professionisti (singoli, associati o riuniti in raggruppamenti temporanei, consorzi o società), le attività relative alla progettazione (preliminare, definitiva ed esecutiva) delle opere pubbliche e quelle relative alla direzione lavori,

agli incarichi di supporto tecnico amministrativo al responsabile del procedimento e al dirigente competente per la formazione del programma triennale dei lavori pubblici devono essere espletate dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti, oppure dagli uffici consortili di progettazione e direzione dei lavori o dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge.

La soluzione della controversia richiede, alla luce di tale disposto normativo, un duplice passaggio. È necessario verificare, in primo luogo, se la società Montepulciano Servizi possieda i requisiti dell'organismo in house alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e recepiti da quella interna. Ove la risposta al quesito fosse negativa, infatti, risulterebbe senz'altro violato l'art. 90, d.lgs. 163/06. Se invece la risposta al quesito sarà positiva, occorrerà affrontare un ulteriore passaggio esaminando il dettato letterale di tale disposizione, per valutare se una sua corretta interpretazione consenta di ritenere non escluso che l'attività di progettazione delle opere pubbliche possa essere svolta da un simile organismo a favore dell'Amministrazione affidante.

2.1 La giurisprudenza comunitaria è giunta a conclusioni univoche circa i requisiti che una impresa deve possedere affinché possa essere qualificata come soggetto affidatario in house: essa deve svolgere la propria attività nel territorio del soggetto affidante e fondamentalmente a suo beneficio; inoltre questo deve esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'impresa medesima, tramite propri rappresentanti inseriti negli organi sociali (Corte di Giustizia Europea III, 10 settembre 2009 causa C-573/09).

L'art. 4 dello statuto della società Montepulciano Servizi individua il suo oggetto sociale nello svolgimento di attività diretta all'elaborazione ai fini della riscossione delle entrate comunali, e nell'eventuale futuro affidamento di ogni servizio avente o meno rilevanza economica. Il comma 2 del medesimo articolo prevede che essa possa esercitare anche altre attività, tra cui quelle di commercializzazione, ma solo in forma strumentale, accessoria o complementare. Il comma 4 conferma che essa può svolgere anche operazioni commerciali, industriali, finanziarie, mobiliari ed immobiliari compresa l'assunzione di partecipazioni in altre imprese con oggetto analogo, ma solo se ritenute necessarie od utili al conseguimento dello scopo sociale, che è e rimane lo svolgimento di servizi a favore dell'Amministrazione comunale intimata.

L'art. 6 dello statuto stabilisce poi che le quote possono essere trasferite esclusivamente ad enti pubblici e che solo tra questi possono circolare. E' dunque escluso l'ingresso di soci privati nel capitale sociale (sulla necessità di quest'ultimo requisito C.d.S. V, 3 febbraio 2009 n. 591).

Lo statuto dedica poi l'intero articolo 9 alle modalità di esercizio del controllo da parte del Comune di Montepulciano sull'attività sociale. L'impresa deve inviargli semestralmente una relazione sull'attività comprendente l'andamento dei costi e dei ricavi di gestione, gli atti adottati, i contratti aziendali, assunzioni, trasferimenti, promozioni del personale ed in generale tutte le attività poste in essere e i risultati conseguiti rispetto agli obiettivi posti dall'Amministrazione. Inoltre tutte le proposte degli atti sociali più importanti devono essere preventivamente sottoposte al Comune cui è attribuito un potere di controllo specifico, da esercitare mediante l'istituzione di un apposito settore. A norma poi dell'art. 10, comma 2, la nomina e la revoca degli amministratori da parte dell'assemblea dei soci deve avvenire secondo le indicazioni vincolanti formulate dal Comune medesimo.

Contrariamente alle deduzioni del ricorrente risultano quindi integrate tutte le condizioni previste affinché l'impresa Montepulciano Servizi possa essere qualificata come società in house: essa svolge la propria attività fondamentalmente a favore dell'amministrazione affidante, la quale esercita un potere di controllo penetrante sulle sue decisioni fondamentali inerenti l'attività sociale ed è escluso che nel capitale possano entrare privati.

2.2 Occorre ora verificare se l'art. 90 del d.lgs. 163/06 consenta lo svolgimento della progettazione mediante affidamento della stessa (unitariamente o meno alle altre attività necessarie all'esecuzione delle opere pubbliche) ad un soggetto sul quale la stazione appaltante esercita un controllo analogo a quello svolto sui propri servizi.

Il comma 1, lett. a), della disposizione prevede che le attività in questione possono essere svolte

all'interno della stazione appaltante, dagli uffici tecnici della stessa.

Nel concetto di stazione appaltante ritiene il Collegio che debba essere ricompresa anche l'eventuale società in house poiché quest'ultima, come correttamente deduce la difesa comunale, non si configura quale soggetto esterno all'amministrazione medesima ma, analogamente ai suoi uffici interni, ne rappresenta una parte sostanzialmente integrante, se pure giuridicamente separata. La forma societaria è uno strumento che l'Amministrazione intimata ha scelto per lo svolgimento delle proprie attività in materia di realizzazione delle opere pubbliche, ritenendo che possano più agevolmente essere portate a compimento mediante strumenti civilistici, ma sulla società il Comune di Montepulciano esercita un controllo penetrante il quale esclude che essa possa operare autonomamente. Le attività di progettazione che svolge rientrano quindi nell'ambito di previsione dell'art. 90, comma 1, lett. a), d.lgs. 163/06 perché l'ufficio tecnico della società in causa opera unicamente a favore dell'affidante e sotto il suo diretto controllo, e ciò esclude che nella fattispecie si sia realizzato un affidamento esterno da parte della stazione appaltante in spregio alle norme codicistiche, tanto più che la stessa Montepulciano Servizi a sua volta è tenuta (e provvede, come dimostrato dalla sua produzione documentale) ad affidare tramite gara la progettazione delle stesse. La sentenza del Consiglio di Stato, sezione sesta, 3 aprile 2007 n. 1514 citata dalla difesa dell'Ordine ricorrente non appare applicabile al caso di specie. In quella vicenda infatti si discuteva dell'operazione svolta dall'Amministrazione comunale di Roma la quale, dopo avere acquistato l'intero capitale sociale di una società già costituita, le aveva affidato le attività di progettazione, conservazione, manutenzione, documentazione e catalogazione dei beni culturali. L'operazione era contestata da altri restauratori i quali pretendevano che dette attività venissero messe in gara. Il caso riguardava quindi attività su beni culturali che sono disciplinate dalle norme speciali di cui agli artt. 197-205 del d.lgs. 163/06, le quali non contengono una disposizione che consenta in via generale alle stazioni appaltanti di svolgere al proprio interno progettazione, direzione lavori e supporto tecnico-amministrativo al responsabile del procedimento e al dirigente competente alla formazione del programma triennale. A norma dell'art. 202, commi 3 e 4, d.lgs. 163/06 esse possono essere svolte dai funzionari tecnici della stazione appaltante solo nei casi in cui non è necessaria un'abilitazione professionale. Lo svolgimento di tali attività da parte degli uffici delle stazioni appaltanti si configura in tal caso come eccezionale, a differenza di quanto previsto in via generale ex art. 90, comma 1, lett. a) del d.lgs. 163/06.

La stessa sentenza poi (pag. 11) afferma che l'ente in house non può essere considerato terzo rispetto all'amministrazione controllante.

2.3 Non appaiono infine invocabili, a supporto della tesi del ricorrente, né la norma di cui all'art. 13, d.l. 223/06 poiché non esclude che la società costituita o partecipata da un ente pubblico possa svolgere altri incarichi oltre a quelli ivi contemplati, né la normativa sui servizi pubblici locali perché questa, a sua volta, non esclude che la società la quale gestisca un servizio pubblico locale possa svolgere anche altre attività.

3. Per i suddetti motivi il ricorso deve essere respinto. La novità e la complessità delle questioni affrontate giustificano l'integrale compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2011

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/06/2011

IL SEGRETARIO

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