

APPALTI - ANAC - POTERI DI VIGILANZA - ANNULLAMENTO ATTI ILLEGITTIMI - INSUSSISTENZA

Nell'ambito dei poteri di vigilanza ex art. 213 del d.lgs. 50/2016, l'ANAC non ha il potere di annullare, per vizi di legittimità, i provvedimenti adottati nell'ambito degli affidamenti di contratti pubblici, in quanto non vanta una posizione di supremazia gerarchica nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici.

TAR Lazio, Roma, Sez. I, sentenza n. 12074/2019

Pubblicato il 21/10/2019

N. 12074/2019 REG.PROV.COLL.

N. 03742/2017 REG.RIC.



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

sul ricorso numero di registro generale 3742 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da A.E.M. Cremona S.p.A., A.S.M. Pavia S.P.A., Astem Lodi S.p.A., Cogeme - Servizi Pubblici Locali S.p.A., Società Cremasca Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti, Mario Roli e Alessandro Rosi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Vittorio Colonna, 39;

contro

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ilaria Battistini, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Carullo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, Strada Maggiore 47;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della nota dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Ufficio Vigilanza Centrali di Committenza e Concessioni di Servizi, del 13 marzo 2017, prot. n. 38120, con la quale la predetta Autorità, nel comunicare alle società ricorrenti le risultanze istruttorie in relazione all'operazione di integrazione societaria fra A2A S.p.A. e Linea Group Holding S.p.A., ha ritenuto che la selezione di A2A S.p.A. dovesse essere effettuata con gara ad evidenza pubblica ex art. 1, co. 2, d.lgs. n. 163/2006 (applicabile ratione temporis) e ordinato ai ricorrenti di adottare misure volte a conformarsi alle indicazioni fornite.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 19 aprile 2018 da A.E.M. Cremona S.p.A., A.S.M. Pavia S.p.A., ASTEM Lodi S.p.A. e COGEME Servizi Pubblici Locali S.p.A.:

per l'annullamento della delibera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Ufficio Vigilanza Centrali di Committenza e Concessioni di Servizi, del 21 febbraio 2018, n. 172, ricevuta il 15 marzo 2018, avente ad oggetto l'acquisizione, da parte di A2A S.p.A., del 51% del capitale sociale di Linea Group Holding S.p.A.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione e di Ilaria Battistini;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 ottobre 2019 la dott.ssa Lucia Maria Brancatelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il gravame introduttivo, A.E.M. Cremona S.p.A., A.S.M. Pavia S.p.A., ASTEM Lodi S.p.A., COGEME Servizi Pubblici Locali S.p.A. e Società Cremasca Servizi S.r.l. hanno impugnato la nota dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (in avanti, "Autorità o Anac") n. 38120 13.3.2017, recante le comunicazioni di risultanze istruttorie relativamente all'operazione di integrazione societaria di A2A s.p.a. e Linea Group Holding s.r.l. di A2A S.p.A..

Con i successivi motivi aggiunti, le sole A.E.M. Cremona, A.S.M. Pavia, ASTEM Lodi e COGEME Servizi Pubblici Locali hanno impugnato la delibera dell'Autorità n. 172 del 21 febbraio 2018, avente per oggetto l' "*Acquisizione, da parte di A2A S.p.A., del 51% del capitale sociale di Linea Group Holding S.p.A.*".

Fanno preliminarmente presente che Linea Group Holding ("LGH") è una società *multiutility* che, tramite le sue controllate, gestisce anche servizi pubblici locali di rilevanza economica ex art. 112, co. 1, d.lgs. n. 267/2000 oltre ad esercitare attività liberalizzate, nelle province di Cremona, Pavia, Lodi e Brescia. Prima dell'operazione societaria oggetto di interesse negli atti impugnati, l'intero capitale di LGH era detenuto dalle ricorrenti, che rivestivano la natura di società pubbliche, in quanto a loro volta integralmente partecipate

da enti pubblici locali. A seguito dell'operazione societaria con la società A2A (anch'essa una società *multiutility*, controllata dai Comuni di Milano e Brescia e quotata in borsa), disciplinata da un "accordo di *partnership*" tra le parti, veniva presentato, per il tramite dell'avv. Ilaria Battistini, un esposto in nome e per conto di alcuni

cittadini, consiglieri regionali e parlamentari, da cui scaturiva l'avvio di un procedimento dell'Anac per verificare la legittimità dell'acquisizione da parte di A2A del 51% del capitale sociale di LGH.

Veniva, quindi, trasmessa alle parti la comunicazione di risultanze istruttorie, impugnata con il gravame introduttivo. A seguito dell'acquisizione delle controdeduzioni sui rilievi ivi formulati, l'Autorità ha adottato la delibera impugnata con motivi aggiunti.

Le ricorrenti censurano gli atti impugnati, oltre che per violazione del termine di conclusione del procedimento istruttorio, anche in relazione alla violazione di legge e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, che avrebbero condotto l'Autorità a ritenere illegittimamente, e in contrasto con i principi comunitari e costituzionali, che l'operazione societaria doveva essere qualificata come scelta di un partner privato mediante la vendita delle azioni di LGH, rispetto alla quale era necessaria una "procedura concorsuale, competitiva e comparativa".

Con motivi aggiunti è, inoltre, dedotto il vizio di nullità della delibera n. 172/2018 per difetto assoluto di attribuzione, in ragione della intervenuta abrogazione dell'art. 211, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, nonché la violazione delle disposizioni in materia di partecipazione procedimentale. Sono, altresì, formulate, oltre che in via derivata, ulteriori censure sul contenuto della delibera impugnata.

L'Anac si è costituita in giudizio, eccependo l'inammissibilità del gravame introduttivo – in quanto riguardante un atto endoprocedimentale - e dei motivi aggiunti, per carenza di lesività della delibera impugnata. Nel merito, chiede la reiezione delle deduzioni di parte ricorrente siccome infondate.

Si è costituita anche l'avv. Battistini, intimata quale soggetto controinteressato, che oltre a controdedurre sull'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Autorità e a insistere nella infondatezza delle deduzioni di parte ricorrente, ha anche chiesto la sua estromissione dal giudizio, in quanto la segnalazione all'Anac sarebbe stata fatta non in proprio ma nella qualità di mandante di altri soggetti. L'avv. Battistini ha, altresì, eccepito l'inammissibilità del ricorso per la mancata notifica ad almeno uno dei soggetti che hanno presentato esposto all'Autorità.

In vista dell'udienza pubblica di trattazione della controversia, le parti hanno presentato memorie, anche in relazione alle eccezioni in rito presentate.

All'udienza pubblica del 2 ottobre 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso e i motivi aggiunti sono inammissibili, come eccepito dalla resistente Anac, in ragione della impugnazione di atti privi di autonoma lesività.

Va precisato che è irrilevante ai fini della presente vicenda l'intervenuta abrogazione dell'art. 211, comma 2, del d.lgs. 50/2016, in quanto l'Anac non ha inteso adottare, come risulta dalla lettura della delibera impugnata, alcuna "raccomandazione vincolante" alle parti ad agire in autotutela in relazione agli atti ritenuti illegittimi. L'intervento dell'Anac rientra, invece, nell'ambito dell'esercizio dei poteri di vigilanza riconosciuti dall'art. 213, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, che attribuisce all'Autorità il compito di vigilare sui contratti pubblici, al fine di garantire l'osservanza dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, di tutela delle piccole e

medie imprese attraverso adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara.

Giova precisare che ai sensi del successivo comma 13, qualora l'Autorità accerti l'esistenza di irregolarità, trasmette gli atti e i propri rilievi agli organi di controllo e, se le irregolarità hanno rilevanza penale, agli organi giurisdizionali competenti. Se ritiene che dalla esecuzione dei contratti pubblici deriva pregiudizio per il pubblico erario, gli atti e i rilievi sono trasmessi anche ai soggetti interessati e alla procura generale della Corte dei conti.

Il Collegio non ha motivi per discostarsi dal consolidato orientamento giurisprudenziale, già formatosi in relazione al sistema disegnato dalla legge n. 109 del 1994 in ordine al generale esercizio dei poteri di vigilanza attribuiti all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici (e successivamente trasferiti all'Anac), secondo cui l'Autorità non è dotata di poteri di supremazia gerarchica nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, così da poter ipotizzare un potere di annullamento per vizi di legittimità dei provvedimenti da queste adottati in tema di affidamento di contratti pubblici (Cons. Stato, sez. VI, 12 settembre 2006 n. 5317).

E' stato, anche, condivisibilmente affermato che, nell'adottare un atto di tenore analogo a quello oggetto dell'odierna impugnativa, l'Autorità non reca alcuna statuizione di carattere costitutivo, in quanto non dispone l'annullamento o, comunque, la privazione degli effetti, di alcuno dei provvedimenti adottati dalla stazione appaltante, ovvero dei contratti in essere. L'atto dell'Autorità, infatti, non costituisce una manifestazione di volontà in grado di incidere sulla sfera giuridica del destinatario ma è la mera rappresentazione di un giudizio, che può eventualmente essere accompagnato dall'invito alla stazione appaltante ad

esercitare i propri poteri di autotutela (in termini, cfr. anche Tar Lazio, sez. I, 21 febbraio 2012, n. 1730).

La circostanza che l'Anac possa anche disporre la trasmissione dell'atto in questione alle autorità competenti ad accertare eventuali profili di rilevanza di danno erariale dalle condotte oggetto di giudizio costituisce uno strumento volto a dare effettività all'esercizio dei poteri di vigilanza spettanti all'Autorità, ma non determina alcuna immediata conseguenza negativa, giuridicamente apprezzabile, nei confronti dei soggetti vigilati.

Tanto premesso, come si evince dalla piana lettura della delibera impugnata, essa è priva di contenuti precettivi nei confronti del soggetto vigilato, poiché l'Autorità si è limitata ad esporre la propria interpretazione, tenuto conto della normativa di riferimento, circa la corretta qualificazione giuridica dell'operazione societaria posta in essere dalle parti ricorrenti. L'atto impugnato, quindi, ha la medesima natura di un parere non vincolante, con il quale l'Anac ha espresso delle valutazioni che possono eventualmente essere di impulso per l'esercizio da parte della stazione appaltante o di altre autorità dei propri poteri ma che sono prive di autonoma consistenza lesiva.

Conclusivamente, la carenza di interesse della parte ricorrente ad ottenere una pronuncia di annullamento della delibera impugnata, in ragione dell'assenza di un pregiudizio che possa derivare dalla sua adozione, comporta l'inammissibilità del gravame e dei motivi aggiunti.

Le spese del giudizio, attesa la peculiarità della vicenda, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Ivo Correale, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Lucia Maria Brancatelli

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO