

N. 02008/2015REG.PROV.COLL.

N. 08643/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8643 del 2014, proposto dalla s.p.a. Accenture, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Luigi Mazzoncini, con domicilio eletto presso Lipani & Partners in Roma, via Vittoria Colonna, n. 40;

contro

La s.p.a. Iren, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Eugenio Bruti Liberati ed Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

nei confronti di

La s.p.a. Ibm Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Cassamagnaghi, con domicilio eletto presso la signora Anna Cristina Salzano in Roma, viale Castro Pretorio, n. 122; Ernst & Young Financial Business Advisors s.p.a.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Emilia Romagna, Sezione di Parma, n. 355/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento servizio per la realizzazione di un ambiente datawarehouse per l'alimentazione del processo di enterprise project management;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della s.p.a. Iren e della s.p.a. Ibm Italia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2014 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Eugenio Bruti Liberati, Angelo Clarizia, Stefano Mazzamagli e Stefano Cassamagnaghi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, sezione staccata di Parma, sez. I, con la sentenza n. 378 del 23 ottobre 2014 (preceduta dalla pubblicazione del dispositivo di sentenza n. 355 del 22 settembre 2014), nella resistenza dell'amministrazione aggiudicatrice Iren S.p.A. e della controinteressata aggiudicataria, ha dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso (NRG. 234/2014) proposto dalla s.p.a. Accenture per l'annullamento, con gli atti connessi, della determinazione dell'amministrazione delegato della s.p.a. Iren n. 82 del 17 giugno 2014, con cui, all'esito di un'apposita procedura negoziata, è stato disposto in favore della costituenda A.T.I. tra IBM Italia S.p.A. ed Ernst Young Finanziel Business Advisor S.p.A. l'affidamento del "servizio di implementazione di una soluzione ERP per le società del Gruppo Iren, basata su piattaforma SAP R/3 integrata con gli ambienti applicativi correlati e realizzazione di un ambiente di

datawarehouse, basato su piattaforma SAP BW, per l'alimentazione del processo di enterprise project management – CIG 568292848A4”,

Secondo il tribunale, infatti, Iren S.p.A., quale impresa pubblica, ai sensi dell'art. 3, comma 28, del codice dei contratti pubblici, è tenuta all'osservanza della disciplina di cui al D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, limitatamente alle attività riconducibili ai settori speciali contemplati negli artt. 208 – 213, tra cui non rientra l'implementazione del sistema informatico utilizzato dall'azienda per i propri processi amministrativi e contabili, oggetto della procedura di gara in questione, con conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, spettando la relativa controversia alla cognizione del giudice ordinario.

2. La s.p.a. Accenture - con atto di appello notificato a mezzo del servizio postale il 4 novembre 2014 - ha chiesto la riforma di tale sentenza, lamentandone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua di due autonome serie di motivi.

Con la prima serie, deducendo “Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 207 ss. del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163; violazione, falsa applicazione degli artt. 7 e 119 del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104; illogicità ed irragionevolezza, travisamento, sviamento” e “Violazione, falsa applicazione dell'art. 32 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163; illogicità ed irragionevolezza, travisamento, sviamento”, l'appellante ha sostenuto in sintesi che, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, la controversia *de qua* apparterebbe alla giurisdizione del giudice amministrativo, sia in ragione della natura di impresa pubblica di Iren S.p.A., sia della circostanza che quest'ultima svolge non solo funzioni di 'governo', ma anche di servizio del gruppo, tra le cui attività sarebbero annoverabili anche alcune rientranti a pieno titolo nei settori speciali regolati dagli articoli 207 e ss. del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, così che in definitiva il servizio oggetto di appalto avrebbe carattere quanto meno strumentale rispetto ad esse.

Con la seconda serie (lamentando “Violazione e falsa applicazione degli artt. 37, comma 12, e 221 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163; dei principi di tutela della concorrenza e par condicio tra i concorrenti, di buon andamento e correttezza dell’azione amministrativa; eccesso di potere per difetto dei presupposti; illogicità ed irragionevolezza, travisamento, sviamento”; “Violazione, falsa applicazione dell’art. 46 del D. Lgs. n. 163/2006 e dei principi di segretezza delle offerte, di tutela della concorrenza e par condicio tra i concorrenti, nonché di trasparenza; violazione dei principi di buon andamento e correttezza dell’azione amministrativa; eccesso di potere sotto i profili di difetto dei presupposti in fatto e in diritto, illogicità ed irragionevolezza, travisamento, sviamento”; “Violazione, falsa applicazione dell’art. 72 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, della lex specialis di gara; del capitolato speciale di appalto, titolo I, Disciplinare amministrativo, paragrafo 3; del capitolato speciale, Disciplinare tecnico, paragrafo 2, Pianificazione, e paragrafo 4.6; violazione del principio di correttezza dell’azione amministrativa; eccesso di potere per difetto dei presupposti in fatto e in diritto, illogicità ed irragionevolezza, travisamento, sviamento” e “In subordine, violazione, falsa applicazione dell’art. 84 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163; violazione, falsa applicazione della lex specialis di gara, del principio del giusto procedimento; eccesso di potere per difetto dei presupposti; illogicità ed irragionevolezza, travisamento, sviamento”), l’appellante ha riproposto tutti i motivi di censura sollevati in primo grado, non esaminati, insistendo pertanto per l’accoglimento del ricorso e conseguente annullamento degli atti impugnati.

Hanno resistito al gravame Iren S.p.A., nonché IBM Italia S.p.A. e Ernest&Young Financial-Business Advisor S.p.A., deducendone l’inammissibilità e l’infondatezza e chiedendone il rigetto.

3. All’udienza in camera di consiglio del 16 dicembre 2014, fissata per la decisione sull’istanza cautelare di sospensione dell’esecutività della sentenza impugnata, la

Sezione ha informato le parti presenti dell'intenzione di decidere la causa direttamente nel merito e, dopo la rituale discussione, l'ha effettivamente trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. L'appello è infondato, meritando conferma la sentenza impugnata.

4.1. Invero, come precisato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato con la sentenza n. 16 del 1° agosto 2011 e più volte è stato ribadito dalla successiva giurisprudenza, ai sensi dell'art. 207 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (che riproduce il testo dell'art. 20 della direttiva 2004/17/CE), la disciplina dei settori speciali non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività, l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dei settori speciali non potendo essere desunta sulla base del solo criterio soggettivo, relativo cioè al fatto che l'appalto sia affidato da un ente operante nei settori speciale, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, relativo alla riferibilità del servizio all'attività speciale (così anche sostanzialmente Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2026; 8 ottobre 2013, n. 4934).

In particolare è stato evidenziato, per un verso, che l'art. 207 del D. Lgs. n. 163 del 2006 deve essere interpretato in senso restrittivo, in base alla giurisprudenza comunitaria (Corte Giust. CE, 10 aprile 2008, C 393/06), con superamento della c.d. "teoria del contagio" di cui al caso Mannesman (Corte giust. CE, 15 gennaio 1996, C 44/96), secondo cui a tutti gli appalti di un organismo di diritto pubblico è applicabile lo stesso regime, e, conseguentemente, per altro verso, che vi sono appalti non già semplicemente "esclusi" dall'applicazione delle norme ordinarie del settore (e regolati perciò dalla disciplina dei settori speciali), ma anche del tutto "estranei" all'ambito di applicazione delle medesime norme, non trovando quindi

applicazione neppure la disciplina dei settori speciali agli appalti non finalizzati al compimento delle attività che delimitano i predetti settori speciali.

La linea di demarcazione per tra settori “esclusi” e settori “estranei” è costituito dalla strumentalità dell’oggetto dell’appalto rispetto al compimento dell’attività speciale, strumentalità che del tutto ragionevolmente deve essere accertata caso per caso (in termini Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2026).

Come emerge dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 16 del 2011, “l’ambito della giurisdizione del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento di contratti relativi a lavori, servizi, e forniture, è individuato sulla scorta di nozioni oggettive e soggettive tratte dal diritto sostanziale dei pubblici appalti, occorrendo che vi sia una procedura di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”.

“La procedura di affidamento ha in sé natura neutra, e si connota solo in virtù della natura del soggetto che la pone in essere, essendo indispensabile, sia per la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, sia per l’applicazione del diritto pubblico degli appalti, che il soggetto procedente sia obbligato al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, in base al diritto comunitario o interno”.

Ai fini della soluzione della questione di giurisdizione è giuridicamente irrilevante che nella lex specialis la stazione appaltante abbia eventualmente fatto riferimento, quale fondamento giuridico della procedura di affidamento, alla normativa del D. Lgs n. 163 del 2006, giacché la sottoposizione o meno dell’appalto al regime pubblicistico fissato dal codice dei contratti pubblici deriva “dalle caratteristiche oggettive dell’appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall’esistenza di un vincolo <eteronomo> e non dalla dichiarazione della stazione appaltante (c.d. auto vincolo)”.

4.2. Nel caso di specie, come emerge dalla lettura dell'invito alla procedura in questione e dal capitolato speciale d'appalto (Titolo 1, punto 2), oggetto dell'appalto indetto dalla IREN S.p.A. è "il servizio di implementazione di una soluzione ERP per le Società del Gruppo IREN, basata su piattaforma SAP R/3 e integrata con gli ambienti applicativi correlati, e realizzazione di un ambiente di datawarehouse, basato su piattaforma SAP BW, per l'alimentazione del processo di Enterprise Project Management", che non può essere considerata strumentale rispetto al compimento dell'attività svolta, nell'ambito dei settori speciali e a mezzo di apposite società del gruppo, da IREN S.p.A. (in particolare, nel campo delle vendite di energia elettrica, gas e teleriscaldamento e del ciclo idrico integrato e gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas).

Infatti, come si desume dalla lettura del Disciplinare tecnico – Allegato A (che costituisce parte integrante del Capitolato Speciale d'appalto, che definisce il perimetro dei servizi di consulenza e supporto richiesti all'offerente per l'implementazione del sistema ERP del Gruppo IREN), "obiettivo del programma di trasformazione oggetto del presente Disciplinare è creare un frame work ERP Globale basato su tecnologia SAP e caratterizzato da soluzioni applicative in grado di abilitare la razionalizzazione e standardizzazione dei processi di business e dei modelli dati di riferimento, e una migliore governante complessiva del sistema" (punto 1 – Premessa).

Il successivo punto 2, intitolato "Obiettivi del progetto" precisa che "Il programma di trasformazione oggetto del presente Disciplinare si propone di conseguire i seguenti obiettivi: - disegnare e mappare sui sistemi informativi un modello funzionale caratterizzato da un maggior livello di integrazione e standardizzazione dei processi dell'area AFC da applicare a tutte le diverse unità organizzative e Legal Entity del Gruppo, coerentemente con le linee guida strategiche aziendali; - progettare e realizzare una soluzione fortemente integrata,

modulare e scalabile, basate su un unico ERP di Gruppo, che consente di rimuovere i limiti insiti nella frammentazione applicativa dell'attuale scenario IT e possa garantire una maggiore efficienza/efficacia nei processi funzionali e nell'esecuzione delle attività manutentive e, più in generale, una riduzione del TCO complessivo dei sistemi informativi; - progettare e realizzare una piattaforma DWH che costituisca l'ambiente di convergenza e normalizzazione dei dati provenienti dagli ambienti ERP transazionali (anche quelli eventualmente non oggetto del presente progetto di trasformazioni) e che costituisca la base informativa di alimentazione dei processi EPM e strumentale per gestire le convergenze progressive delle diverse Società nella soluzione definitiva; - dotarsi di una soluzione applicativa in grado di supportare il processo di definizione dei ruoli e dei profili autorizzativi (segregation of duty) in coerenza con le esigenze del Gruppo e gli obblighi normativi”.

E' del tutto ragionevole ritenere in definitiva che il progetto oggetto dell'appalto, piuttosto che svolgere una funzione diretta e immediata a supporto delle attività speciali svolte da Iren S.p.a., costituisca invece una misura tecnica operativa interna per razionalizzare, semplificare e rendere efficiente ed efficace le iniziative e l'attività del gruppo nel suo complessivo, quale strumento “...a supporto dei processi di Amministrazione, Finanze e Controllo delle principali società del Gruppo finalizzato a migliorare l'efficacia e l'efficienza delle attività del Gruppo, una maggiore possibilità di controllo dell'andamento delle singole società e dell'intero Gruppo, della razionalizzazione e uniformazione dei processi di pianificazione, hudgeting, forecasting e controllo...” in modo “...di poter aver un miglior controllo sulle informazioni societarie sia ai fini decisionali strategici e di controllo direzionale che di compliance complessiva anche in considerazione degli obblighi cui è sottoposta Iren S.P.A.” (come si legge nella <Relazione per gli

affidamenti del programma “IREN ONE” per lo sviluppo del nuovo sistema a supporto dei processi di amministrazione finanze e controllo del gruppo”).

5. Alla stregua di tali osservazioni l'appello deve essere respinto, con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica la integrale compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 8643 del 2014, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2015

IL SEGRETARIO

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