

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28875-tar-lombardia-sentenza-n-74-del-19-01-2010-affidamento-in-house-e-collaborazione-fra-enti-pubblici>

Autore: Costa Cosimo

TAR Lombardia sentenza n. 74 del 19/01/2010: affidamento in house e collaborazione fra Enti pubblici

Cosimo Costa, TAR Lombardia sentenza n. 74 del 19/01/2010: affidamento in house e collaborazione fra Enti pubblici.

La recente sentenza del TAR Lombardia che si presenta (e che è riportata per esteso in calce) contribuisce all'approfondimento dei temi del rapporto fra affidamento in house e collaborazione fra Enti pubblici, con uno specifico riferimento ai rapporti fra Università e altre Pubbliche Amministrazioni. Per qualche profilo può risultare utile il confronto con la sentenza Corte giustizia nel procedimento C-305/08 del 23 dicembre 2009, da noi già pubblicata.

In particolare, viene in luce una possibile contraddizione fra la concezione dell'università come operatore economico e una concezione dell'università come pubblica amministrazione. Con ogni probabilità si tratta più di una "poliedricità" dell'università che di una vera e propria contraddizione.

La sentenza C-324/07 è consultabile al sito: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher&numaff=C-324/07>

Per la traduzione italiana: <http://www.federalismi.it/AppMostraDoc.cfm?Artid=11357&edoc=19112008100336.pdf&tit=in%20causa%20C-324/07%20-%20in%20tema%20di%20concessioni%20di%20servizi%20pubblici%20a%20societ%C3%A0%20in%20house%20partecipate%20da%20autorit%C3%A0%20nazionali>

Per una puntuale e circostanziata ricostruzione dell'evoluzione del rapporto fra appalto e concessione nella collaborazione fra Pubbliche Amministrazioni si rinvia a Carmine VOLPE, La Corte di Giustizia continua la rifinitura dell'*in house providing*. Ma il diritto interno va in controtendenza.

http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/2010_Volpe_Corte_di_giustizia_10_settembre_2009.htm

dott. Cosimo Costa

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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2477 del 2009, proposto da:

Consulta Regionale Lombarda degli Ordini degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori, Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Pavia, Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Milano, Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Lodi, Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Lodi, Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Como, Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Lecco, Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Sondrio, Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Bergamo, Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Brescia, Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Cremona, Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Mantova, Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Monza e della Brianza, rappresentati e difesi dagli avv. Andreina Degli Esposti, Riccardo Villata, con domicilio eletto presso Riccardo Villata in Milano 2527af, via S. Barnaba, 30;

contro

Comune di Pavia in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso Giuseppe Franco Ferrari in Milano, c.so Vittorio Emanuele II, 15; Universita' degli Studi di Pavia;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Consiglio Nazionale Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori - Cnappc, rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Celani, Mario Sanino, con domicilio eletto presso Riccardo Villata in Milano 2527af, via S. Barnaba, 30;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- dell'avviso di selezione, approvato con determinazione dirigenziale 17 agosto 2009 n.1491 (pubblicato il successivo 19 agosto sul sito internet del Comune), inerente all'affidamento dell'incarico di studio e di consulenza tecnico-scientifica per la redazione del P.G.T. comunale;
- della Direttiva di Giunta Comunale 6 agosto 2009 n.133, richiamata nel citato avviso, con cui si è dato mandato alla Dirigenza e al Segretario Geenrale di valutare la possibilità di completare il P.G.T. attraverso la collaborazione con il mondo universitario;

- della successiva nota 1° ottobre 2009 del Settore Ambiente e Territorio del Comune di Pavia;
- dell'aggiudicazione dell'incarico, a quanto consta disposto a favore dell'Università degli Studi di Pavia;.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Pavia in Persona del Sindaco P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18/12/2009 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con deliberazione n. 195 del 04.04.2006, il Comune resistente affidava al Settore Ambiente e Territorio l'incarico per la redazione del Piano di Governo del Territorio, in adempimento di quanto disposto dalla L.R. n. 12/2005. Con deliberazione n. 37 del 10.10.2008, il Consiglio Comunale approvava le “Linee guida per l’elaborazione del piano di governo del territorio”. Con direttiva della Giunta Comunale n. 133 del 06.08.2009, premesso che il termine per l’approvazione del predetto Piano è fissato al 31.03.2010, e che l’attività svolta non potrà consentire agli uffici di

completare da soli il percorso nel termine menzionato, si dava mandato alla dirigenza competente, di valutare la possibilità di completare il Piano di Governo del Territorio, attraverso la collaborazione con il mondo universitario, considerando quanto già prodotto dall'Amministrazione Comunale. Con la determinazione dirigenziale n. 3539 del 20.08.2009 si avviava il procedimento di selezione finalizzato al conferimento dell'incarico di prestazione d'opera intellettuale per lo studio e la consulenza tecnico scientifica, volta alla redazione di un nuovo strumento urbanistico generale comunale (“Piano di Governo del Territorio”). Nell'avviso di selezione, allegato alla determinazione n. 3539/09, venivano richiamati gli atti sopra riportati, precisandosi che la partecipazione era riservata agli istituti universitari, pubblici o privati. Per quanto concerne l'oggetto della prestazione richiesta, come desumibile dallo schema di contratto allegato alla determinazione n. 3539/09, comprendeva lo studio e consulenza tecnico scientifica, finalizzata alla redazione degli atti costituenti il Piano di Governo del Territorio, aggiungendosi che “L'Istituto Universitario prescelto si impegnerà, nell'elaborazione dei documenti analitici programmati, ad attuare con l'Amministrazione comunale, una sinergica e stretta collaborazione” (art. 1, pag. 2), essendo tra l'altro tenuto, espressamente, a realizzare la “modifica del P.G.T.” (art. 2, pag. 4).

Il ricorrente impugna gli atti in epigrafe richiamati, per aver illegittimamente riservato la partecipazione alla procedura di affidamento dei servizi di che trattasi, alle sole istituzioni universitarie, con esclusione dei professionisti iscritti agli ordini ricorrenti. Quanto precede violerebbe sia i principi generali di imparzialità e non discriminazione, posti a fondamento delle procedure comparative in generale, sia il codice dei contratti pubblici, operando una indebita restrizione della concorrenza. In particolare, surrettiziamente l'Amministrazione resistente avrebbe qualificato l'incarico oggetto di affidamento quale “consulenza”, trattandosi in realtà di un vero e proprio appalto di servizi, come tale sottoposto alle regole di cui al D.Lgs. n. 163/06, che non prevedono la predetta possibilità di limitare l'accesso dei partecipanti alle relative procedure di affidamento.

La difesa dell'Ente Locale resistente sostiene che la procedura di che trattasi aveva invece ad oggetto solo attività di studio e consulenza, con esclusione della redazione del Piano, da cui conseguirebbe la riconducibilità dell'affidamento all'area fiduciaria, senza alcun obbligo di gara. L'oggetto delle prestazioni richieste, di studio e consulenza, giustificherebbe la riserva della scelta a favore degli istituti universitari, per tabulas depositari di competenze altamente specializzate e non reperibili sul libero mercato. In secondo luogo si richiamano le disposizioni di cui all'art. 11 D.P.R. 11.07.1980 n. 382, secondo cui l'unica modalità di attribuire una

consulenza ad un docente universitario a tempo pieno non può che passare attraverso il conferimento dell'incarico stesso al Dipartimento di afferenza.

DIRITTO

Preliminariamente occorre esaminare le questioni pregiudiziali sollevate dall'Amministrazione resistente.

Con una prima eccezione si invoca la nullità della notifica del ricorso all'Università, asserendo che la stessa sarebbe stata effettuata presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato, anziché presso la sede legale dell'Ente. L'eccezione è infondata in fatto, essendo il gravame stato notificato in Pavia, Strada Nuova 65, sede dell'Università resistente, non comportando evidentemente alcuna conseguenza, il fatto che, ad abundantiam, il ricorrente lo abbia altresì notificato presso la sede Distrettuale dell'Avvocatura di Stato.

Con la seconda eccezione l'Università resistente contesta la carenza di legittimazione attiva in capo ai ricorrenti, per non derivare agli stessi alcuna concreta utilità, dall'accoglimento del gravame, che andrebbe a beneficio dei singoli iscritti, e non dell'associazione di categoria nel suo complesso. Sotto altro profilo il gravame sarebbe inammissibile sussistendo una situazione di conflitto di interesse tra gli iscritti agli stessi Ordini. In particolare, mentre i liberi professionisti avrebbero un interesse all'accoglimento del ricorso, gli iscritti dipendenti di Università avrebbero un contrapposto

interesse alla conservazione degli atti impugnati, che riserverebbero ai medesimi la partecipazione alla procedura di che trattasi. L'eccezione è infondata; secondo il costante orientamento giurisprudenziale, gli ordini professionali, per la loro peculiare posizione esponenziale nell'ambito delle rispettive categorie e per le funzioni di autogoverno delle categorie stesse ad essi attribuite, sono legittimati ad impugnare in sede giurisdizionale gli atti lesivi non solo della sfera giuridica dell'ente come soggetto di diritto, ma anche degli interessi di categoria dei soggetti appartenenti all'ordine, di cui l'ente ha la rappresentanza istituzionale (C.S. Sez. V 02.10.2009 n. 6011). Nel caso di specie non sussiste il paventato conflitto di interessi tra gli iscritti, dal momento che i benefici derivanti dalla clausola del bando contestata con il presente gravame, sono rivolti a favore degli istituti universitari, e non dei singoli professionisti dipendenti degli stessi. Questi ultimi intrattengono i loro rapporti lavorativi unicamente a favore delle rispettive Università di appartenenza, le quali sono le uniche beneficiarie dirette degli effetti del bando, che riserva soltanto a tali Enti la possibilità di partecipazione.

Nel merito il ricorso è infondato.

Il ricorrente sostiene che le prestazioni richieste nell'ambito dell'affidamento per cui è causa, non fossero limitate allo studio ed alla consulenza, ma comprendessero anche la progettazione. A sostegno delle proprie argomentazioni viene citata una

giurisprudenza che avrebbe già avuto modo di ritenere, in un caso analogo a quello per cui è causa, che a fronte di un affidamento di un incarico formalmente qualificato di consulenza, ma "finalizzato alla concretizzazione di un progetto", che il medesimo non potesse essere affidato in via diretta, dovendosi rispettare le regole di cui al D.Lgs. n. 163/06 (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 21 novembre 2008 n. 3620).

Osserva il Collegio come ai fini della presente controversia possa prescindersi dall'esame della questione sopra prospettata, volta ad accertare se l'affidamento gravato abbia ad oggetto un servizio di progettazione, od una mera consulenza. Infatti, come correttamente rilevato in subordine dallo stesso ricorrente, il codice dei contratti pubblici, con scelta innovatrice rispetto al quadro normativo previgente, non si è limitato a disciplinare la materia degli "appalti", ma ha espressamente introdotto una disciplina applicabile ai contratti "esclusi in tutto o in parte" dall'ambito di applicazione dello stesso codice (v. parte II, titolo I del D.Lgs. n. 163/06). In particolare, la norma di chiusura di tali disposizioni (art. 27), prevede che "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se

compatibile con l'oggetto del contratto". Conseguentemente, anche volendo aderire alla ricostruzione sostenuta da parte resistente, qualificando così l'affidamento di che trattasi in termini di contratto di mera consulenza, le modalità di affidamento seguite dalla stazione appaltante non sarebbero di per sé compatibili con il rispetto dei principi enunciati nel citato art. 27, per il sol fatto che l'oggetto dell'affidamento sia una consulenza, anziché un appalto di progettazione.

Ritiene tuttavia il Collegio che il ricorso debba essere respinto, sulla base di argomenti differenti da quelli sollevati da parte del Comune resistente.

Infatti, nonostante la questione non sia stata evidenziata, né in sede di procedimentale dall'Amministrazione, né in quella difensiva, osserva il Collegio come l'affidamento di che trattasi è legittimo, in quanto riconducibile ad un accordo tra enti pubblici.

La Corte di Giustizia CE ha stabilito in generale che un'autorità pubblica può adempiere ai compiti ad essa incombenti mediante propri strumenti, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche (v. sentenza Coditel Brabant, 13 novembre 2008, causa C 324/07). Recentemente (Corte di Giustizia CE, 09.06.2009 causa C-480/06) si è sancita la legittimità di un accordo stipulato tra quattro enti locali tedeschi e la città di Amburgo, senza seguire la procedura di gara di appalto

prevista dalla direttiva 92/50, avente ad oggetto lo smaltimento dei loro rifiuti, in un impianto di termovalorizzazione. Le amministrazioni interessate dovevano essere qualificate come amministrazioni aggiudicatrici, l'attività affidata era ricompressa tra quelle di cui all'allegato IA della direttiva, il contratto istituiva una cooperazione tra enti pubblici, finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi, ossia lo smaltimento di rifiuti, prevedendosi un corrispettivo, che i quattro enti interessati versavano alla città di Amburgo. La Corte ha quindi espressamente affermato che il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni. Il diritto comunitario, come interpretato dalle citate pronunce della Corte di Giustizia, consente pertanto alle amministrazioni aggiudicatrici, in alternativa allo svolgimento di una di procedura di evidenza pubblica di scelta del contraente, di stipulare un accordo a titolo oneroso con altra amministrazione pubblica, cui affidare il servizio. Lo stesso diritto nazionale prevede numerosi istituti che consentono un'agevole trasposizione dei predetti principi nell'ordinamento interno, il principale dei quali disciplinato nella stessa legge fondamentale sul procedimento amministrativo (“le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”, ex

art. 15 L. n. 241/90). Nessun rilievo può rivestire la qualificazione attribuita dal Comune resistente alla procedura gravata (“avviso di selezione”), essendo pacifico che concretamente non si è dato luogo ad alcuna vera e propria procedura di evidenza pubblica, ma ad un accordo tra Enti Pubblici, sebbene preceduto da una fase di potenziale scelta tra più Università eventualmente interessate. Nell'interpretazione dell'atto amministrativo non si deve tener conto del “nomen iuris” assegnatoli dall'autorità emanante, bensì occorre far riferimento al suo contenuto ed alle norme di riferimento, nonché al potere che la p.a. ha inteso esercitare attraverso la sua emanazione (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 17 giugno 2008 , n. 5916).

Deve inoltre riconoscersi la legittimazione dell'Università controinteressata alla prestazione dei servizi per cui è causa, sancendo espressamente l'art. 67 del relativo statuto, intitolato “Attività professionale esterna”, che “L'Università può effettuare con il proprio personale e le proprie strutture, attività di progettazione, consulenza, trasferimento tecnologico, formazione professionale sia di primo livello che avanzata per conto di enti pubblici e privati, nonché per le proprie esigenze anche acquisendo, ove necessario, prestazioni d'opera”. Un orientamento giurisprudenziale, peraltro dopo aver riconosciuto la generale capacità di diritto pubblico e privato delle Università, aveva affermato che la stessa “non può spingersi fino a configurare la

legittimazione a rendersi aggiudicatari in pubbliche gare, in quanto ciò sfocerebbe in vera e propria attività imprenditoriale, da ritenersi ad essi preclusa” (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 12 giugno 2002, n. 3411). In relazione a quanto sopra esposto deve tuttavia escludersi la pertinenza di tale orientamento rispetto al caso per cui è causa, in cui non si è di fronte alla partecipazione ad una procedura d'appalto da parte dell'ente pubblico, che assumerebbe così la veste di “operatore economico”, in competizione con altri soggetti privati, ma ad un mero accordo tra soggetti pubblici, che prescinde dello svolgimento di una procedura di selezione.

Il ricorso è respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, in ragione dell'evidenziata pluralità di disposizioni normative in astratto suscettibili di applicazione nel procedimento per cui è causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per la Lombardia – Sezione Prima – respinge il ricorso

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18/12/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Piermaria Piacentini, Presidente

Hadrian Simonetti, Referendario

Mauro Gatti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO