

N. 06548/2010 REG.DEC.

N. 03134/2010 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 3134 del 2010, proposto da:

Consulta Regionale Lombarda degli Ordini degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori, 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 Varese, 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 Prov. di Monza e della Brianza, rappresentati e difesi dagli avv. Andreina Degli Esposti, Riccardo Villata, con domicilio eletto presso l'avv. Riccardo Villata in Roma, via L. Bissolati 76; Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Pavia;

contro

Comune di Pavia, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, 142;

Universita' degli Studi di Pavia, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Consiglio Nazionale Architetti Pianificatori Paesaggistici e Conservatori, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Celani e Mario Sanino, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n. 00074/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO INCARICO DI STUDIO E CONSULENZA TECNICO - SCIENTIFICA PER LA REDAZIONE DEL PGT COMUNALE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Pavia;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Università degli Studi di Pavia;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Consiglio Nazionale Architetti Pianificatori Paesaggistici e Conservatori;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 luglio 2010 il Cons. Marzio Branca e uditi per le parti gli avvocati Villata, Pinto, su delega dell' avv. Ferrari, l' avv. dello Stato Bruni e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato respinto il ricorso proposto dagli attuali appellanti per l'annullamento: 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 Generale 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..

Il giudice del primo grado, respinte le eccezioni di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione, ha

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, consentendo, invece, 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 conoscerebbe numerosi istituti che consentono un'agevole trasposizione dei predetti principi nell'ordinamento interno, il principale dei quali sarebbe da individuare nell'art. 15 della stessa legge fondamentale sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 (“le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.”).

Le associazioni di professionisti in epigrafe hanno proposto appello per la riforma della sentenza.

Resistono al gravame il Comune di Pavia e l'Università degli studi di Pavia.

Il Consiglio Nazionale degli Architetti Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori si è costituito in giudizio per sostenere le ragioni degli appellanti.

Le parti hanno depositato memorie.

Alla pubblica udienza del 27 luglio 2010, udite le difese delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Devono essere condivise, in primo luogo, le considerazioni con le quali gli appellanti, in replica alla reiterata eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di legittimazione, svolta in memoria dal Comune di Pavia, ne hanno sostenuto l'inammissibilità per mancata proposizione di rituale appello incidentale. Le eccezioni di inammissibilità avanzate dal Comune, infatti, sia sotto il profilo del difetto di interesse della Consulta ricorrente, sia sotto quello del prospettato conflitto di interessi tra appartenenti alla medesima categoria rappresentata, sono state motivatamente respinte dalla sentenza di primo grado. Le relative statuizioni sul punto, pertanto, in conformità all'indiscusso orientamento della giurisprudenza, non potevano essere validamente contestate dalla controparte con semplice memoria, ma avrebbero richiesto la formale impugnazione mediante l'apposito atto defensionale notificato alle altre parti.
2. Nel merito, l'appello, come accennato sopra, concerne l'affidamento da parte del Comune di Pavia, mediante selezione con partecipazione riservata agli istituti universitari, e quindi con esclusione di altri operatori del settore, particolarmente dei liberi professionisti operanti nel settore, nel cui interesse agisce la Consulta Regionale Lombarda dei relativi ordini professionali, dell'incarico di studio e di consulenza tecnico scientifica per la redazione del Piano di Governo del Territorio comunale.

Il ricorso, come già detto, è stato respinto dal TAR della Lombardia, il quale, citando le sentenze della Corte di Giustizia della C.E. 13 novembre 2008, C-324/07 e 9 giugno 2009, C-480/06, ha 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, consentendo, invece, 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, ancora secondo la sentenza impugnata, conoscerebbe numerosi istituti che consentono un'agevole trasposizione dei predetti principi nell'ordinamento interno, il principale dei quali sarebbe da individuare nell'art. 15 della stessa legge fondamentale sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 ("le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.").

3. I motivi di appello sono diretti a contestare entrambe le proposizioni dei giudici di primo grado.

Il richiamo alla giurisprudenza comunitaria sarebbe inconferente perché le sentenze citate si riferiscono ad ipotesi di gestione di funzioni di competenza propria di tutti gli enti partecipanti, mentre la funzione di pianificazione del territorio appartiene al comune ma non all'Università.

D'altro canto, e analogamente, l'art. 15 della legge n. 241 del 1990, nel riferirsi ad attività di interesse comune non può che contemplare lo svolgimento di attività istituzionali che siano di comune competenza degli enti che sottoscrivono l'accordo, e comunque non può abilitare ad eludere principi fondamentali del diritto interno e comunitario, i quali nella specie avrebbero imposto il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica aperta a tutti gli operatori del settore.

Gli appellanti, con la memoria depositata il 21 luglio 2010, hanno ulteriormente sottolineato la fondatezza delle loro ragioni, allegando la più recente giurisprudenza del giudice comunitario, amministrativo e della stessa Sezione, escludente l'idoneità dell'art. 15 della legge n. 241 del 1990 a fondare la legittimità dell'affidamento di servizi pubblici omettendo le procedure finalizzate alla tutela della trasparenza e della libera concorrenza.

Sono stati citati passaggi della sentenza della Corte di Giustizia 23 dicembre 2009 in C-305/08 in tema di legittimazione delle università a concorrere, in quanto rientranti a pieno titolo nel concetto di operatori economici, all'affidamento di pubblici appalti, e particolare rilievo si è attribuito alla decisione della Sezione 13 luglio 2010 n. 4525, con la quale è stata affermata l'illegittimità di una convenzione con la quale un comune affidi direttamente ad un Istituto universitario un incarico funzionale alla redazione di un piano urbanistico, trattandosi di un appalto di servizi ex All. II A del d.lgs. n. 163 del 2006.

4.1. I motivi dell'appello non possono essere condivisi.

Il Collegio, in primo luogo, non ritiene di doversi conformare al precedente costituito dalla decisione della Sezione n. 4525 del 2010, appena citata, posto che la soluzione accolta in tale occasione fa leva essenzialmente sulla fondatezza della censura, accolta anche in primo grado, afferente all'errore in cui è incorsa l'Amministrazione procedendo alla applicazione analogica del proprio regolamento sulle spese in economia.

In altri termini non emerge dalla motivazione invocata un meditato convincimento della Sezione circa la incompatibilità dell'affidamento diretto ad istituto universitario di un incarico di consulenza funzionale all'esercizio delle competenze istituzionali del comune.

4.2. In secondo luogo, in disparte la portata che può essere attribuita, in questa materia, all'art. 15 della legge n. 241 del 1990, il cui dato testuale, peraltro, appare richiedere la sussistenza dell'interesse dei soggetti che si accordano piuttosto che l'identità dell'attività da svolgere in comune, occorre tenere presente che la giurisprudenza della Corte comunitaria sul punto controverso ha offerto un indirizzo di carattere generale difficilmente eludibile.

La sentenza 9 giugno 2009 in C-480/06, richiamata dai primi giudici, ed in particolare il paragrafo n. 47, oltre ad affermare il principio 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 di servizio pubblico”, si dà carico di considerare che una cooperazione del genere tra autorità pubbliche non può rimettere in questione l’obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l’apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, “poiché l’attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d’interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, cosicché nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punti 50 e 51)”.

La pronuncia, tutt’altro che remota, attribuisce rilievo al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico mediante accordi tra pubbliche amministrazioni, e ne valuta la compatibilità con la normativa comunitaria, in quanto la stessa tende preminentemente a salvaguardare il principio della parità di trattamento tra soggetti privati aventi scopo di lucro.

4.3. Gli appellanti, tuttavia, osservano che il predetto orientamento dovrebbe ritenersi superato per effetto della sentenza 23 dicembre 2009 in C-305/08, con la quale si è affermato che i servizi offerti alle amministrazioni aggiudicatrici da organismi che non agiscono in base ad un preminente fine di lucro debbono considerarsi come

appalti pubblici soggetti alle regole della trasparenza e della parità di trattamento.

Il Collegio non condivide tale avviso.

E' da tenere presente, in primo luogo, che la questione affrontata dalla pronuncia citata dagli appellanti concerneva il possibile contrasto con l'ordinamento comunitario di norme interne ai singoli stati che comportassero la esclusione dalle gare pubbliche, fra l'altro, di soggetti che, come le università degli studi, non perseguano preminentemente scopi di lucro. La soluzione accolta dalla sentenza è stata favorevole ad una accezione amplificata del concetto di "operatore economico", in modo da ricomprendervi ogni soggetto che sia in possesso dei requisiti indicati dal bando e che si reputi idoneo a garantire l'esecuzione della prestazione, indipendentemente dalla natura giuridica, abituale presenza sul mercato, assenza di finanziamenti pubblici o altro.

In questo contesto, si afferma genericamente (parag. 43) che una concezione restrittiva della nozione di operatore economico comporterebbe la sottrazione, non consentita, alle regole della concorrenza dei contratti tra amministrazioni aggiudicatrici e enti che non agiscono in base ad un preminente scopo di lucro. Si tratta all'evidenza di una argomentazione del tutto incidentale che non appare sorretta dall'usuale supporto argomentativo, tenuto anche conto dei precedenti arresti della medesima Corte.

Tra questi non va trascurata la sentenza 18 dicembre 2007 in C-532/03, di cui ha fatto applicazione la Sezione con la propria decisione 13 luglio 2010 n. 4539, in cui la Corte ha ritenuto non contrastante con gli obblighi nascenti dal Trattato un accordo tra un'amministrazione pubblica e il servizio dei vigili del fuoco a Dublino per il trasporto d'urgenza in ambulanza nell'esercizio delle rispettive competenze, come nella specie derivanti dalla legge, benché l'amministrazione corrispondesse un contributo destinato a coprire parte dei costi del servizio. La Corte ha osservato che "la semplice esistenza, fra due enti pubblici, di un meccanismo di finanziamento riguardante servizi di tal genere non implica che le prestazioni di servizi in questione rappresentino un'aggiudicazione di appalti pubblici che debba esse esaminata alla luce delle norme fondamentali del Trattato". In conclusione, sembra da ritenere che nonostante il passaggio della sentenza in C-305/08 valorizzato dagli appellanti, nella giurisprudenza comunitaria sia riconosciuta la possibilità che le amministrazioni pubbliche, ferma la loro legittimazione a concorrere alla pari delle imprese private nelle pubbliche gare, concludano accordi diretti per il perseguimento di fini di interesse pubblico.

E' anche da tenere presente, con specifico riguardo alle università, che l'art. 66 del d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, ammette espressamente l'esecuzione di attività di ricerca e consulenza mediante contratti con enti pubblici e privati, dettando una precisa disciplina per la ripartizione dei proventi di tali prestazioni. La norma dispone che,

detratte le spese per l'espletamento dell'incarico, ivi comprese quelle per il personale impiegato, i detti proventi siano destinati all'acquisto di materiale didattico e scientifico, e a spese di funzionamento delle diverse strutture accademiche, e ciò consente di inserire tali convenzioni nel quadro delle finalità di interesse pubblico perseguite dalle università.

L'appello, dunque, va rigettato, ma sussistono ragioni per disporre l'integrale compensazione delle spese.

P.Q.M.

rigetta l'appello;

spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccarini, Presidente

Marzio Branca, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2010

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

Il Dirigente della Sezione