

**N. 00418/2010 REG.SEN.
N. 01614/2009 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 la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1614 del 2009 proposto da:
Oice Associazione delle Organizzazioni di Ingegneria, di
Architettura e di Consulenza Tecnico-Economica, Etacons Srl, Vito
Prato Engineering Srl, Barletti - del Grosso & Associati Srl,
rappresentati e difesi dagli avv.ti Gianluigi Pellegrino e Angelo
Clarizia, con domicilio eletto presso l'avv.to Gianluigi Pellegrino in
Lecce, via Augusto Imperatore, n. 16;

contro

Azienda Sanitaria Locale Lecce, rappresentata e difesa dall'avv.to
Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso l'avv.to
Giovanni Garrisi in Lecce, via G. Mantovano, n. 3;

nei confronti di

Universita' del Salento, rappresentata e difesa dall'Avvocatura

Distrettuale dello Stato di Lecce, domiciliata per legge in Lecce, via F.Rubichi, n. 23;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Consiglio Nazionale degli Ingegneri, rappresentato e difeso dall'avv.to Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto in Lecce, via Augusto Imperatore, n. 16;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della deliberazione del Direttore Generale n. 3275 del 13 ottobre 2009 avente ad oggetto affidamento diretto in favore dell'Università del Salento dell'incarico di progettazione definitiva ed eventuale progettazione esecutiva relativa alla costruzione di una nuova struttura ospedaliera nel complesso del Presidio "Vito Fazzi" di Lecce; della deliberazione del Direttore Generale n.3241 del 12 ottobre 2009 nella parte in cui l'ASL Lecce si riserva di disciplinare il rapporto con l'Università degli Studi di Salerno" a cui verrà affidato l'incarico di curare la redazione degli elaborati relativi al progetto definitivo e/o esecutivo... Della nota prot. 67713/P del 6 agosto 2009 a firma del Direttore Generale della Azienda Sanitaria Locale di Lecce; della "Convenzione per l'incarico della progettazione definitiva ed esecutiva per la costruzione di una nuova struttura ospedaliera nel plesso del Presidio "Vito Fazzi" ove- nelle more stipulata; di ogni altro atto presupposto, connesso e/o

conseguenziale ancorchè non cognito.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17/12/2009 il dott. Luigi Costantini e uditi altresì i difensori delle parti come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con deliberazione n. 3241 del 12/10/09 il Direttore generale dell'Azienda sanitaria di Lecce, nel prendere atto della necessità di affidare all'esterno l'attività di progettazione per la realizzazione di un nuovo plesso ospedaliero nell'area del P.O. "V. Fazzi" di Lecce, si riservava di disciplinare, con separato atto, il rapporto con l'Università del Salento individuato quale soggetto affidatario.

Con successiva deliberazione (n. 3275/09), quindi, lo stesso incarico veniva affidato, nonché approvato lo schema di convenzione che veniva sottoscritta dalle parti (Azienda sanitaria e Università) in data 22/10/09.

Avverso tali determinazioni, nonché avverso gli ulteriori atti indicati in epigrafe, insorgono con il ricorso in esame: Associazione delle Organizzazioni di Ingegneria, di Architettura e di Consulenza Tecnico-Economica, Etacons Srl, Vito Prato Engineering Srl,

Barletti - del Grosso & Associati Srl, che ne deducono l'illegittimità sulla base dei seguenti motivi:

- violazione e falsa applicazione del D. Lgs. n. 163/06, ed in particolare degli artt. 90 e ss.; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 66 del DPR n. 382/1990 e dello Statuto dell'Università degli Studi del Salento; eccesso di potere per difetto e/o insufficienza di motivazione; erroneità dei presupposti e disparità di trattamento;

Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso l'Azienda sanitaria e l'Università del Salento, mentre, con atto depositato in data 30/11/09, è intervenuto ad adiuvandum il Consiglio nazionale degli ingegneri.

All'udienza pubblica del 17/12/09, sulle conclusioni dei difensori delle parti, la causa è stata ritenuta per la decisione.

DIRITTO

Va preliminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'Amministrazione sanitaria, posto che la rilevata mancata impugnativa di atti considerati "presupposti" riguarda più propriamente atti endoprocedimentali, privi di valore provvedimentale.

Tale è la nota n. 67713 del 6/8/09 con la quale l'ASL – Lecce ha inteso soltanto "verificare la disponibilità dell'Università degli studi del Salento a curare la redazione degli elaborati relativi al progetto definitivo" e tale è la nota di riscontro n. 34501 del 27/8/09 con la quale la stessa Università si limita ad assicurare il proprio impegno

“ad operare con la dovuta celerità per la necessità di rispettare i limiti temporali”.

Per quanto riguarda poi la dichiarazione di intenti tra l'Università degli studi di Lecce e l'AUSL LE/1, approvata con deliberazione D.G. del 10/8/06, appare evidente il suo contenuto essenzialmente programmatico ed inidoneo a ledere, atteso che il documento raccoglie soprattutto la intenzione manifestata dalle parti di “instaurare un quadro di collaborazione che preveda lo scambio di competenze professionali e la realizzazione di interventi mirati per la creazione di servizi e strutture di eccellenza in ambito sanitario”.

Inoltre la stessa Azienda sanitaria, muovendo dalla considerazione che “la progettazione definitiva oggetto del contenzioso è stata già eseguita”, prospetta l'improcedibilità del ricorso per una sopravvenuta carenza di interesse ravvisabile nella impossibilità per l'Amministrazione di acquisire, attraverso una diversa procedura, una progettazione già esistente.

Tale prospettazione non può essere in alcun modo condivisa, anche perché è la stessa parte resistente a riconoscere che “al più potrebbe trovare tutela unicamente un supposto interesse morale per la categoria degli ingegneri ad una statuizione giurisdizionale che intervenga a portare chiarezza sui presupposti necessari per l'applicazione dell'art. 90, co. 1 lett. c), d. lgs. n. 163/2006”.

Appare evidente quindi come nella fattispecie un interesse meritevole di tutele comunque sussista (interesse morale) e sia

sufficiente a legittimare la proposizione del ricorso.

Nel merito il ricorso risulta fondato.

Fondato ed assorbente infatti si appalesa il primo profilo di illegittimità dedotto con il quale le organizzazioni ricorrenti, nel denunciare la violazione e falsa applicazione dell'art. 90 del D. Lgs. n. 163/06, sostanzialmente sostengono che, attraverso il ricorso improprio a tale norma, l'Azienda sanitaria avrebbe proceduto ad affidare l'incarico di progettazione del nuovo plesso ospedaliero, prescindendo da ogni doveroso ricorso a procedure di evidenza pubblica.

La regola secondo cui l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture "deve rispettare i principi di libera concorrenza, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità" (art. 2 D. Lgs. n. 163/06) costituisce espressione di un principio cardine della legislazione comunitaria e nazionale in applicazione del quale l'affidamento diretto può senz'altro considerarsi "eccezione di stretta interpretazione al sistema ordinario delle gare" (Ad. Pl. 3/3/08 n.1).

Tenuto conto quindi delle esigenze, al cui soddisfacimento le procedure ad evidenza pubblica sono preordinate, sembra potersi affermare che, laddove difficoltà interpretative dovessero insorgere nell'applicazione di norme regolatrici dell'attività contrattuale della P.A, ogni dubbio debba essere risolto con riferimento a quei valori comunitari e costituzionali (parità di trattamento, non

discriminazione, proporzionalità e trasparenza) a garanzia dei quali sono appunto previste procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente.

Ciò premesso il collegio ritiene di non poter condividere le ragioni addotte dall'Azienda sanitaria a giustificazione della propria scelta di affidare l'incarico di progettazione in questione con le modalità previste dall'art. 90, comma 1, lett. c) del D. Lgs. n. 163/06.

Invero tale norma consente che le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori siano espletate "dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge".

Appare evidente quindi come il codice degli appalti abbia voluto riconoscere soltanto al legislatore la possibilità di stabilire quel rapporto tra pubbliche amministrazioni capace di garantire le esigenze del sistema e quindi di permettere l'affidamento diretto, dispensando gli agenti dal ricorso a procedure ad evidenza pubblica.

Ma, nel caso di specie, non è dato rinvenire alcuna disposizione di legge che realizzi tale rapporto con attribuzione alla Azienda sanitaria di Lecce della facoltà di avvalersi dell'Università del Salento per prestazioni di progettazione.

Innanzitutto è da escludere che l'Università potesse essere individuata tra le Amministrazioni di cui al su citato art. 90 in considerazione dell'impegno assunto con dichiarazione di intenti approvata dal Senato accademico in data 27/7/06 e consistente nel

“fornire proprie risorse umane e strumentali per svolgere attività di ricerca, di formazione e di consulenza di carattere tecnico scientifico a supporto dell’ASL anche nelle aree bio-sanitaria, fisica-sanitaria, economico-aziendale, giuridica ed ingegneristica settore ingegneristico”.

A parte infatti ogni difficoltà di ricondurre l’incarico di progettazione in questione tra le suindicate attività, è fuor di dubbio che la fonte regolatrice del rapporto non fosse una norma di legge bensì una convezione approvata dalle parti al dichiarato scopo di “instaurare un quadro di collaborazione”.

Neppure poi, a giustificare il ricorso all’art. 90, comma1, lett. c) del D. Lgs. n. 163/06, può valere il richiamo operato dall’Amministrazione resistente all’art. 15 della L. n 241/90.

Invero tale norma si limita ad affermare la possibilità per le amministrazioni pubbliche di “concludere accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”.

Nel caso di specie, invece, l’incarico di progettazione viene in sostanza affidato per il suo espletamento all’Università del Salento per diventare la prestazione in un rapporto a carattere indubbiamente sinallagmatico.

Sicchè, al di fuori di una effettiva collaborazione nello svolgimento di una attività pubblica ed in assenza di uno specifico interesse comune, l’invocato art. 15 della L. n. 241/90 non può sicuramente rappresentare uno strumento normativo adeguato per individuare

nell'Università del Salento una pubblica amministrazioni di cui l'Azienda sanitaria può avvalersi per legge ex art. 90, comma 1, lett. c) del D. Lgs. n. 163/06.

Del pari ininfluenza infine deve riconoscersi la previsione di cui all'art. 66 del D.P.R. n. 132/80 secondo la quale le Università "possono eseguire attività di ricerca e consulenza stabilite mediante contratti e convenzioni con enti pubblici".

Infatti, in disparte ogni valutazione circa i limiti e i contenuti dell'attività di consulenza e ricerca universitaria, nel cui ambito non sembra comunque potersi ricondurre l'elaborazione di un progetto per la realizzazione di un'opera pubblica, ciò che rileva nel caso di specie non è tanto l'individuazione delle prestazioni erogabili dalle Università in base alla norma, quanto piuttosto verificare se una disposizione di legge abbia instaurato il rapporto in virtù del quale l'Azienda sanitaria può avvalersi dell'Università del Salento per le prestazioni di cui all'art. 90 del D. Lgs. n. 163/06.

Ciò significa che la capacità tecnica riconosciuta ad una pubblica amministrazione non è da sola sufficiente, costituendo soltanto un presupposto per l'individuazione ad opera del legislatore "degli organismi di altre amministrazioni" di cui è possibile avvalersi ai sensi del 1° comma lett. c.) dello stesso art. 90.

Nella fattispecie, quindi, la carenza del necessario atto di individuazione in favore dell'Università rende illegittima la procedura seguita dall'Azienda sanitaria per l'affidamento dell'incarico di

progettazione in contestazione e conseguentemente rende meritevole di accoglimento il ricorso.

Vale la pena tuttavia precisare come nel caso in esame l'annullamento degli atti impugnati possa ritenersi esaustivo di ogni forma di tutela nei confronti della pretesa azionata, posto che, ad avviso del collegio, l'interesse riconoscibile in capo alle organizzazioni ricorrenti non può che sostanziarsi in un interesse morale, professionale e di categoria, sicuramente soddisfatto mediante l'affermazione dei principi innanzi enunciati.

E ciò non tanto in ragione del fatto che il risultato sia stato oramai acquisito dalla Azienda sanitaria che ne potrà disporre (la trasmissione del progetto definitivo risulta effettuata con nota del 17/11/09), ma soprattutto perché, quand'anche ammissibile un'azione degli organismi ricorrenti a tutela degli interessi economici dei propri aderenti, appare evidente come una perdita di chance, riferita ad un relevantissimo numero di professionisti interessati, determini una frantumazione dell'utilità conseguibile tale da renderla del tutto inapprezzabile sotto il profilo economico.

Ricorrono valide ragioni per compensare le spese di giudizio tra le parti, in considerazione sia della novità della questione che degli interessi coinvolti.

P.Q.M.

accoglie il ricorso specificato in epigrafe, nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 17/12/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Costantini, Presidente, Estensore

Enrico d'Arpe, Consigliere

Giuseppe Esposito, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2010

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

IL SEGRETARIO