

N. 03000/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00614/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 614 del 2013, proposto da:

PAOLO CONFALONIERI, UMBERTO DI SPIRITO, LINO MAZZEI,
LIVIO PASELLO, MICHELE AMENDOLA, GIANCARLO CONTI,
EUGENIO TOSCANO, EUGENIO BARBARESCO, tutti rappresentati
e difesi dall'avv. Claudio Colombo, con domicilio eletto presso l'avv. A.M.
Poggi in Milano, via Beccaria, n. 5

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PAVIA, rappresentata e difesa
dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata ex
lege in Milano, via Freguglia, n. 1

per l'annullamento:

- dell'avviso pubblico dell'8.3.2013 per l'affidamento di servizi fotografici all'interno dell'Università;
- della nota del 26.2.2013, avente ad oggetto la revoca dell'accreditamento in corso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2013 il dott. Dario Simeoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Il 9 marzo 2011, l'Università degli studi di Pavia aveva avviato una procedura selettiva per l'accreditamento dei soggetti abilitati ai servizi fotografici durante le cerimonie di laurea. La selezione si era conclusa con l'accreditamento di cinquantasette soggetti, che erano stati suddivisi in gruppi ripartiti tra le diverse sedute di esami, mediante apposite turnazioni. A causa dell'elevato numero dei soggetti accreditati si erano creati aspri dissidi tra i fotografi, verificatisi anche durante l'erogazione del servizio. Il malfunzionamento del sistema ha dunque spinto l'amministrazione a diramare un nuovo bando, che prevedesse una gara tra soggetti partecipanti dotati di più elevati requisiti di serietà professionale. Pertanto, l'Università degli studi di Pavia, in data 8 febbraio 2013, ha pubblicato un bando con cui si prevede l'affidamento dello svolgimento del servizio di fotografia durante le cerimonie di laurea ad un unico operatore, individuato con procedura selettiva. La partecipazione alla gara è limitata alle sole imprese iscritte alla Camera di Commercio e l'aggiudicazione avviene attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in cui si tiene conto del contributo che l'operatore versa all'Università e del prezzo offerto agli studenti laureandi.

I.1. Con ricorso depositato il 14 marzo 2013, i sig.ri Paolo Confalonieri, Umberto Di Spirito, Lino Mazzei, Flavio Pasello, Michele Amendola, Giancarlo Conti, Eugenio Toscano ed Eugenio Barbaresco, tutti fotografi di professione, hanno chiesto l'annullamento degli atti meglio indicati in

epigrafe. Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata, chiedendo il rigetto del ricorso.

I.2. All'esito della camera di consiglio del 27 marzo 2013, la Sezione, ritenendo sussistente il *fumus boni iuris*, ha sospeso il provvedimento impugnato e fissato per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 6.11.2013 (con condanna dell'amministrazione al pagamento delle spese della fase cautelare, liquidate in € 1.500,00, oltre IVA e CPA come per legge).

I.3. La causa è stata discussa e decisa con sentenza definitiva all'odierna udienza. Di seguito le motivazioni rese nella forma redazionale semplificata di cui all'art. 74 c.p.a.

II. Nel merito gli istanti lamentano che l'atto impugnato introdurrebbe una disciplina che vanificherebbe la concorrenza, a danno sia dei fotografi, sia dei laureandi. L'avviso pubblico delineerebbe, infatti, un rapporto contrattuale restrittivo della concorrenza ex art. 2 della L. n. 287/1990 (norma quest'ultima che si assume applicabile sul presupposto che l'ente pubblico potrebbe essere considerato "impresa" quando non eserciti poteri di imperio o attività definibili come servizi pubblici). Inoltre, il corrispettivo, richiesto dall'Università quale contropartita dell'attribuzione dell'esclusiva all'aggiudicatario, comporterebbe l'effetto di impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, venendosi così a creare una violazione dell'art. 2, comma 2, della L. n. 287/1990. I ricorrenti denunciano, altresì, la violazione dell'art. 10 del D.lgs. n. 56/2010, dal momento che non sussisterebbe alcun motivo di interesse generale o ragioni correlate alla scarsità delle risorse disponibili tali da giustificare l'attribuzione dell'esclusiva ad un solo fotografo.

II.1. La difesa erariale replica che non vi sarebbe alcuna lesione della concorrenza, poiché nell'avviso di gara non sarebbe esclusa la possibilità per lo studente di conferire incarico a soggetti terzi di fiducia:

l'aggiudicatario sarebbe sì l'unico operatore economico legittimato a stazionare in prossimità dell'aula offrendo i servizi fotografici, ma gli studenti potrebbero presentarsi alla seduta con altri professionisti da loro scelti, che sarebbero di certo legittimati a prestare il servizio fotografico. Viene precisato, altresì, che l'ordinamento tutela la concorrenza non in quanto valore in sé, ma quale presupposto per assicurare efficienza ed elevati standard qualitativi, standard che con il previgente sistema di accreditamento non erano garantiti (a tal fine, sono stati prodotti vari articoli di giornale riportanti episodi di liti incorse tra fotografi durante le stesse cerimonie di laurea). Viene, poi, evidenziata la sopravvenuta carenza di interesse dei ricorrenti Lino Mazzei, Flavio Pasello e Michele Amendola, in quanto questi avrebbero presentato domanda per la procedura di affidamento di cui chiedono l'annullamento, prestando acquiescenza alle prescrizioni dell'avviso di gara.

III. Ritiene il Collegio che la decisione dell'Università contraddica le linee direttrici delle riforme che, nel corso degli ultimi anni, hanno ridisegnato il rapporto fra pubblica amministrazione e sfera economico-sociale, riforme "esecutive" di una precisa direttiva di politica economica di ascendenza europea.

III.1. Come è noto, complice la costruzione compromissoria del disposto costituzionale, suscettibile di essere letto sia sul versante individualistico del costituzionalismo liberale, sia in direzione delle istanze solidaristiche, la declamazione della libertà economica (art. 41, comma 1, Cost.) è stata generalmente interpretata come pura garanzia "verticale" di non interferenza da parte dello Stato in un certo ambito di scelte private, piuttosto che come presidio della "concorrenza effettiva", quale specifica modalità di funzionamento del mercato. Per altro, con riguardo alle misure conformative dei mercati per finalità correttive e sociali (art. 41, commi 2 e 3), nonché ai monopoli pubblici regolati (art. 43), la giurisprudenza

costituzionale non ha mai definitivamente chiarito i termini del contemperamento tra la libertà economica ed interessi generali, ed anche la dottrina italiana ha espresso nel tempo valutazioni anche profondamente divergenti quanto al reale contenuto precettivo da ascrivere alle citate disposizioni. Il codice civile del 1942, del resto, non aveva espresso alcuna netta presa di posizione a favore della concorrenza, potendo l'ordinamento giuridico finanche apparire "consenziente" alle restrizioni conseguenti a cartelli e consorzi. Ed anche quando, a seguito della riforma costituzionale del 2001 (L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3), la "tutela della concorrenza" è divenuta oggetto di una disposizione espressa (art. 117, comma 2 lett. e), all'ampliamento della competenza statale in materia di regolazione amministrativa dei mercati, non si è accompagnata una chiara definizione, sul piano della gerarchia dei valori, delle ragioni e degli scopi della concorrenza come bene da tutelare.

III.2. Al contrario, i trattati europei (e la giurisprudenza della Corte di Giustizia) esprimono una assai più decisa e marcata scelta valutativa circa il modello di funzionamento dei mercati che si intende promuovere, ovvero un modello radicalmente alternativo al "dirigismo" economico. L'indirizzo europeo, difatti, è da lunghissimo tempo orientato a "depurare" il diritto pubblico dell'economia degli stati membri da quegli strumenti di pianificazione che si propongono di conformare i processi economici alle condizioni ivi prefigurate; al suo posto si promuove una regolazione obbiettiva e neutrale che, sul presupposto della spontaneità dei processi economici, si proponga di guidarne le dinamiche dall'esterno, ove ciò occorra per finalità di interesse generale. La teoria economica, su cui si radica tale indirizzo politico, assume che i fallimenti sociali dell'economia non sarebbero ascrivibili al mercato (secondo l'opinione che aveva supportato l'affermarsi ed il successivo sviluppo dello Stato sociale) ma al suo stesso mancato funzionamento; contro tali fallimenti, si è ritenuto, non

vi sarebbe da attivare una ratio politica alternativa, bensì suscitare forzosamente (con l'autorità della decisione pubblica) gli esiti funzionali del mercato mancante o non funzionante secondo i suoi canoni teorici.

III.3. Anche sul versante europeo, è bene precisare, il principio dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, il quale impone agli ordinamenti nazionali di predisporre un ambiente giuridico propizio alla competizione, non ha valore assoluto. Molti valori, collocati nell'architettura delle fonti comunitarie in una posizione di preminenza, possono giustificare interventi conformativi dell'attività economica, finalizzati a salvaguardarli. Nello specifico, i Trattati riconoscono sì servizi di interesse economico generale che legittimamente sono realizzati direttamente dagli Stati attraverso imprese incaricate. Tuttavia, fermo restando che non sono comunque tollerati interventi volti esclusivamente a tutelare gli interessi di operatori economici (pubblici) già insediati a detrimento di altri, ciò deve avvenire pur sempre nel rispetto del principio di proporzionalità, ovvero imponendo di prescegliere tra i mezzi astrattamente possibili per realizzare il medesimo fine, quello meno invasivo della libertà d'intrapresa. Anche in tali casi, si vuole dire, il diritto comunitario sembra ispirarsi ad una impostazione "gradualistica" per cui, prima di battere la strada della riserva ai poteri pubblici, occorre verificare la possibilità che le disfunzioni ed i fallimenti di mercato siano, ove possibili, semplicemente "corretti", combinando gli elementi positivi della competizione economica con il perseguimento delle istanze sociali. A questa stregua, l'attribuzione di diritti esclusivi è consentita solo allorquando i medesimi scopi non siano affatto realizzabili attraverso l'azione dei mercati sia pure regolati, il che accade: o perché si tratta di promuovere finalità che non possono essere conseguite, con accettabili standard di benessere sociale, ove le decisioni allocative siano determinate dai prezzi; ovvero quando la spontaneità stessa del mercato agisca come

fattore anticoncorrenziale; ovvero ancora quando l'attività non è per nulla appetibile per le imprese private.

III.4. Nel caso che ci occupa, nel periodo dell'affidamento, annuale, ma prorogabile fino a tre anni, il vincitore viene ammesso in via esclusiva a svolgere i servizi fotografico, essendo consentito ai laureandi di portare con sé soltanto familiari e conoscenti (artt. 2 e 11 del bando). Come si vede, il qui impugnato bando di gara presuppone, senza fornire alcuna delle giustificazioni sostanziali appena riferite, la possibilità per l'amministrazione intimata di istituire un effetto di "privativa", implicito nella volontà di sostituire un regime di concorrenza "nel" mercato con uno di concorrenza "per" il mercato, o comunque di "restrizione" all'esercizio dell'attività d'impresa per cui è causa. La determinazione, nel contempo, appare lesiva del canone della proporzionalità, dal momento che (in ipotesi) le rivendicate esigenze di "sicurezza ed ordine", potrebbero essere perseguite con meccanismi alternativi, assai meno invasivi, come il previo accreditamento dei fotografi autorizzati all'ingresso.

III.5. Il ricorso deve essere, quindi accolto. Per quanto il disposto annullamento dell'atto vada senza dubbio a beneficio di tutti i ricorrenti, il Collegio deve comunque doverosamente precisare che nei confronti di Lino Mazzei, Flavio Pasello e Michele Amendola non può predicarsi alcuna acquiescenza; difatti, il loro comportamento di aver presentato domanda di partecipazione alla procedura di gara qui impugnata non dimostra affatto una chiara ed incondizionata volontà di accettarne gli effetti e le implicazioni, essendo esso compatibile anche con l'intento precauzionale di non precludersi la strada dell'affidamento per il caso di non accoglimento del ricorso.

IV. Le spese di lite seguono la soccombenza come di norma. Resta, inoltre, salvo l'onere di cui all'art. 13 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo integrato dal comma 6 bis dell'art. 21 d.l. 223 del 2006, come modificato

dalla legge di conversione n. 248 del 2006, a carico della parte soccombente.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sez. I), definitivamente pronunciando:

- accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;
- condanna l'amministrazione resistente al pagamento delle spese di lite della presente fase in favore del ricorrente, che si liquida complessivamente in € 4.000,00, oltre IVA e C.P.A. come per legge; restano ferme le somme già liquidate in sede cautelare.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Dario Simeoli, Primo Referendario, Estensore

Roberto Lombardi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/12/2013

IL SEGRETARIO

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