

Publicato il 22/10/2021

N. 02330/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01336/2021 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 Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1336 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Narciso Piras, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Murgia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Como, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Marina Ceresa, Chiara Piatti, Marilisa Ogliaroso e Antonio Tafuri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Studio Tecnico Artuso Architetti Associati, rappresentato e difeso dall'avvocato Pasquale Cuzzola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

1) della determinazione n. 16/2021 – n. 1313 Reg. Gen. del 21.6.2021, che ha approvato gli atti di gara e disposto l'aggiudicazione definitiva del servizio di aggiornamento del progetto definitivo, progetto esecutivo, direzione lavori e coordinamento per la sicurezza – riqualificazione giardini a lago CIG 8532069612 al R.T.P. studio tecnico Artuso Architetti Associati di Bologna, via Guerrazzi, 18 C.F. 02942070802 (mandataria) + società Mercurio s.r.l. di Olgiate Comasco via Delle Scuderie, 34, partita IVA 02741050807 (mandante) + arch. Pier Paolo Baldo di Vinadio di Roma, via Cavour, n. 256, C.F. BLBPPL45T23H501T, p. IVA 01303500589 (mandante) + Arch. Giuseppe Sottilotta di Reggio Calabria, via Padre Gaetano Catanoso, 8/A, C.F. STTGPP93T23H224J (mandante);

2) di tutti i verbali di gara e, precisamente, i verbali del 26/03/2021 apertura buste tecniche, del 26 e 30 marzo 2021 sedute riservate, del 2,8,13,15,19 e 27 aprile 2021 nella parte in cui non hanno escluso l'offerta tecnica della controinteressata dalla gara per mancanza dei requisiti di partecipazione; del verbale del 7/5/2021 che ha attribuito punteggi alla controinteressata anziché escluderla;

3) di ogni ulteriore atto presupposto connesso e consequenziale;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Piras Narciso il 5/10/2021:

1) della determinazione n. 16/2021 – n. 1313 Reg. Gen. del 21.6.2021, che ha approvato gli atti di gara e disposto l'aggiudicazione definitiva del servizio di aggiornamento del progetto definitivo, progetto esecutivo, direzione lavori e coordinamento per la sicurezza – riqualificazione giardini a lago CIG 8532069612 al R.T.P. studio tecnico Artuso Architetti Associati di Bologna, via Guerrazzi, 18 C.F. 02942070802 (mandataria) + società Mercurio s.r.l. di Olgiate Comasco via Delle Scuderie, 34, partita IVA 02741050807 (mandante) + arch. Pier Paolo Baldo di Vinadio di Roma, via Cavour, n. 256, C.F. BLBPPL45T23H501T, p. IVA 01303500589 (mandante) + Arch. Giuseppe

Sottilotta di Reggio Calabria, via Padre Gaetano Catanoso, 8/A, C.F. STTGPP93T23H224J (mandante);

2) di tutti i verbali di gara e, precisamente, i verbali del 26/03/2021 apertura buste tecniche, del 26 e 30 marzo 2021 sedute riservate, del 2,8,13,15,19 e 27 aprile 2021 nella parte in cui non hanno escluso l'offerta tecnica della controinteressata dalla gara per mancanza dei requisiti di partecipazione; del verbale del 7/5/2021 che ha attribuito punteggi alla controinteressata anziché escluderla;

3) di ogni ulteriore atto presupposto connesso e consequenziale e con i presenti motivi aggiunti;

4) per la dichiarazione di inefficacia del contratto tra l'aggiudicatario e la stazione appaltante, avente ad oggetto il servizio di aggiornamento del progetto definitivo, progetto esecutivo, direzione lavori e coordinamento per la sicurezza – riqualificazione giardini a lago CIG 85320696612 con il Comune di Como e per il subentro del controinteressato nel medesimo contratto;

5) in via subordinata, ove si ritenesse non possibile il subentro, per il risarcimento per equivalente monetario, nella misura di € 114.045,95, pari all'offerta formulata dall'RTP ricorrente, o nella somma maggiore o minore che verrà determinata dal Collegio.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Como e dello Studio Tecnico Artuso Architetti Associati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2021 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Como indiceva una gara d'appalto con procedura negoziata per l'affidamento del servizio di aggiornamento del progetto definitivo, progetto esecutivo, direzione lavori e coordinamento per la sicurezza relativi alla riqualificazione dei giardini a lago.

Al termine della procedura risultava aggiudicatario il raggruppamento temporaneo di professionisti (RTP) avente quale mandatario lo Studio Artuso Architetti ed Associati e, fra le mandanti, la società A.P.S. Srl (di seguito anche solo "Aps").

Al secondo posto si collocava un RTP fra i cui mandanti vi era l'ing. Narciso Piras.

Quest'ultimo proponeva il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva, cui faceva seguito un ricorso per motivi aggiunti.

Si costituivano in giudizio il Comune di Como e il RTP Artuso, concludendo per l'inammissibilità ed in ogni caso per l'infondatezza nel merito del gravame.

All'udienza in camera di consiglio del 20.10.2021 il Presidente dava dapprima avviso della possibilità di una sentenza in forma semplificata; la causa era poi discussa e trattenuta in decisione.

2. I due motivi di ricorso si indirizzano contro la partecipazione al RTP aggiudicatario, quale mandante, della società Aps Srl, costituente una società "spin off" dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria.

A detta dell'esponente la partecipazione della citata mandante non sarebbe stata ammissibile, il che avrebbe imposto l'esclusione dalla gara dell'intero RTP Artuso.

La complessiva infondatezza del gravame, per le ragioni che si esporranno, esime il Tribunale dalla valutazione delle eccezioni pregiudiziali sollevate dalle parti intimato.

2.1 Nel primo mezzo di ricorso si sostiene che lo Statuto dell'Università di Reggio Calabria non prevede fra le proprie finalità l'esercizio dell'attività di

impresa e lo svolgimento di compiti con rilevanza economica, come quelli di cui alla presente gara.

Aps non avrebbe potuto partecipare a quest'ultima in veste di soggetto imprenditoriale, senza contare che l'oggetto dell'appalto non sarebbe funzionale alle finalità istituzionali dell'Università.

La doglianza, per quanto apparentemente suggestiva, non convince il Collegio.

Già il DPR n. 382/1980 all'art. 66 (tuttora in vigore) consentiva alle Università la stipulazione di contratti di ricerca e di consulenza presso terzi, con conseguenti entrate per le Amministrazioni.

L'art. 7 comma 1 lettera "c" della legge n. 168/1989 indica poi, fra le entrate delle Università, i «*corrispettivi di contratti e convenzioni*».

Le c.d. società spin off delle Università sono state introdotte con il D.Lgs. n. 297/1999, che all'art. 2 comma 1 lettera "e" individua fra i soggetti beneficiari di agevolazioni per la ricerca le società finalizzate all'utilizzazione industriale dei risultati della ricerca, partecipate, fra gli altri, da professori, ricercatori universitari, oltre che dottorandi di ricerca e titolari di assegni per la ricerca.

Fra le norme successive, importante è stata quella dell'art. 3 comma 27 della legge n. 244/2007 (legge finanziaria 2008), poi abrogata dall'art. 28 del D.Lgs. n. 175/2016, che ha introdotto l'attuale disciplina di riferimento per le società spin off, vale a dire l'art. 4 comma 8 del medesimo D.Lgs. n. 175/2016.

Tale ultimo comma consente la costituzione di società con caratteristiche di spin off o start up universitari di cui all'art. 6 comma 9 della legge n. 240/2010, nonché quelle con caratteristiche analoghe degli enti di ricerca.

La stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 10/2011, ha ammesso che le Università possono agire quali operatori economici nei confronti di committenti pubblici, anche mediante apposite società, salva comunque la strumentalità dell'attività svolta con le funzioni scientifiche e didattiche proprie degli Atenei.

Del resto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) con sentenza del 23.12.2009 nella causa C-305/08 consentiva alle Università di partecipare ad appalti pubblici di servizi, possibilità ribadita anche dalla successiva giurisprudenza amministrativa; si veda a tale proposito la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 5767/2014, secondo cui «...*deve ammettersi che l'Università possa agire quale operatore economico nei confronti di committenti pubblici (o ad essi equiparati ai sensi del d. lgs. n. 163 del 2006) non solo in via diretta, ma anche a mezzo apposita società quando l'attività sia strettamente strumentale alle finalità istituzionali dell'ente che sono la ricerca e l'insegnamento, nel senso che giova al progresso della ricerca o dell'insegnamento o procaccia risorse economiche da destinare a ricerca e insegnamento, con esclusione dell'attività lucrativa fine a se stessa*».

La società Aps risulta costituita nel 2012 (cfr. il doc. 37 del Comune) e il regolamento di Ateneo sulle società spin off dell'Università di Reggio Calabria vigente nel 2008 ed applicabile *ratione temporis* (cfr. il doc. 41 del Comune) consentiva la costituzione di società di capitali (Spa oppure Srl) per valorizzare la ricerca scientifica e l'innovazione; i soci proponenti dovevano essere soggetti aventi un rapporto con l'Università – quali ad esempio docenti, ricercatori, dottori di ricerca e titolari di assegni – ferma restando la partecipazione di altre persone giuridiche o fisiche, pubbliche o private (si vedano gli articoli 1 e 2 del regolamento citato).

All'art. 7 del regolamento erano previste varie forme di controllo dell'Ateneo sulla società spin off, riservando ad esempio all'Università la nomina di un amministratore.

Parimenti lo Statuto dell'Università vigente nel 2012 ed applicabile anch'esso *ratione temporis* consentiva alla medesima di svolgere attività di consulenza e di servizio, oltre che strumentali e di supporto alla didattica (cfr. il doc. 39 del Comune).

Anche l'attuale Statuto dell'Università reggina e il vigente regolamento sulle società spin off contengono prescrizioni di tenore analogo a quelle di cui sopra (cfr. i documenti 40 e 42 del Comune).

Quanto alla società Aps la stessa, oltre a qualificarsi come spin off dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria, ha nel proprio oggetto sociale lo scopo di utilizzare in ambito imprenditoriale e/o professionale i risultati ed in genere il “know-how” maturati nella ricerca universitaria, con riferimento particolare alle discipline tecniche quale ingegneria, architettura, pianificazione urbanistica, ambientale ed energetica (cfr. la visura camerale di Aps, doc. 37 del Comune).

Lo statuto societario consente ad Aps la partecipazione a gare e concorsi, anche in associazione con altri operatori.

Il capitale sociale è detenuto direttamente dall'Università nella misura dell'1% e per la restante parte (49%) da tre professori della stessa Università, mentre il residuo 50% è collocato fra soggetti comunque legati all'Università, salva una quota del 4% di cui è titolare la società Tecno Habitat (cfr. i documenti da 43 a 48 del Comune).

A ciò si aggiunga, a conferma del legame fra Aps e l'Università e della compatibilità fra l'attività di queste ultime e l'oggetto del presente appalto, che i professori-soci Morabito, Milardi e Trombetta svolgono la loro attività didattica e di ricerca in ambiti legati alla riqualificazione paesaggistica, compresa quella di parchi e giardini (si vedano i “curricula” dei citati docenti, documenti da 43 a 45 del Comune).

L'appalto di cui è causa ha per oggetto l'aggiornamento della progettazione definitiva, la progettazione esecutiva, la direzione lavori, il coordinamento della sicurezza nell'ambito della riqualificazione dei giardini insistenti sul lago nel Comune di Como (cfr. il Disciplinare di gara, doc. 6 del controinteressato), in un contesto di rilevante interesse ambientale e culturale, caratterizzato anche dalla presenza di importanti opere monumentali, quali il Tempio dedicato al noto scienziato Alessandro Volta ed il Monumento ai Caduti ispirato ad un disegno dell'architetto futurista Sant'Elia.

Appare quindi provata la strumentalità dell'attività svolta da Aps nell'appalto di cui è causa rispetto alle finalità scientifiche e di ricerca dell'Ateneo di

riferimento.

Il primo motivo di gravame deve quindi rigettarsi.

2.2 Nel secondo mezzo di ricorso l'esponente sostiene che in ogni caso Aps non potrebbe, nonostante la sua qualificazione formale, essere ritenuta una società spin off dell'Università di Reggio Calabria, in quanto mancherebbero nel suo atto costitutivo previsioni specifiche sulla ripartizione dei proventi, sui controlli e sulla partecipazione di soci privati estranei all'Ateneo (in relazione a tale ultimo aspetto preme però evidenziare che l'Autorità Anticorruzione-ANAC nella propria deliberazione n. 620/2018 ha ammesso la presenza di tali soci, seppure dettando disposizioni sulle modalità di scelta dei medesimi, cfr. il doc. 12 del ricorrente).

Sul punto il Collegio, oltre a richiamare integralmente quanto già evidenziato al punto 2.1, sottolinea che la quasi totalità del capitale sociale (96%) è detenuto dall'Università, sia in via diretta sia attraverso tre docenti della medesima (49%) ed altri soggetti in ogni modo legati all'ambito accademico (si vedano ancora i documenti da 43 a 48 del Comune), mentre il socio privato estraneo all'Università detiene solo il 4%.

La normativa legislativa e regolamentare sopra indicata in materia di società spin off, compresi lo Statuto dell'Università e il regolamento sulle società stesse, non impone agli Atenei di detenere direttamente una quota minima della società, essendo invece possibile anche una titolarità indiretta delle quote mediante il personale docente o in ogni modo legato all'Ateneo, come indicato del resto nell'art. 2 del regolamento di Ateneo del 2008 sui soci proponenti (cfr. ancora il doc. 41 del Comune).

Al contrario, il regolamento applicabile ad Aps prevede un limite massimo alla partecipazione diretta dell'Università (non superiore al 15%, si veda l'art. 5), per evitare di addossare all'Università stessa un eccessivo rischio di impresa (il vigente regolamento del 2015 ha previsto un limite del 10%, cfr. il doc. 42 del Comune).

Il ricorso principale deve quindi interamente rigettarsi.

3. Nei motivi aggiunti sono riproposte per illegittimità derivata le doglianze del gravame principale, che devono di conseguenza respingersi.

Anche la domanda di risarcimento dei danni deve essere respinta, attesa la legittimità degli atti impugnati; parimenti è priva di pregio la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato il 9.7.2021 (cfr. il doc. 10 del Comune).

A proposito del contratto e dell'asserita violazione del termine di "stand-still" di cui all'art. 32 comma 9 del D.Lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo "codice"), preme evidenziare che la determinazione a contrarre del Comune del 18.12.2020 (cfr. il doc. 1 della parte resistente, pag. 4 punto 6) dà atto espressamente che il contratto sarà stipulato ai sensi dell'art. 32 comma 14 senza l'osservanza del termine dilatorio di 35 giorni, ai sensi del comma 10 del medesimo articolo.

La stazione appaltante aveva quindi indicato che non avrebbe rispettato il comma 9 dell'art. 32, considerato che il successivo comma 10 ne esclude l'applicazione nel caso di affidamenti ai sensi dell'art. 36 comma 2 lettere *a)* e *b)* del codice.

Il presente appalto è stato indetto in applicazione dell'art. 63 del codice, come richiamato dall'art. 1 comma 2 lettera "*b*" del DL n. 76/2020 convertito con legge n. 120/2020 e l'affidamento di cui al comma 2 da ultimo citato si pone in alternativa con quello di cui all'art. 36 comma 2 del codice (si veda il comma 1 dell'art. 1 del DL n. 76/2020), sicché non è irragionevole ritenere che l'art. 32 comma 10 trova applicazione non solo per i casi dell'art. 36 ma anche per la procedura alternativa di cui all'art. 63, procedura scelta dal Comune di Como.

In definitiva, l'intero gravame in epigrafe deve rigettarsi.

4. Le spese possono essere interamente compensate, attese la complessità e la novità delle questioni dedotte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Katiuscia Papi, Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO