Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa
Consiglio
Tribunali A

Torna alla pagina precedente

N. 01193/2015REG.PROV.COLL.
N. 01677/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1677 del 2013, proposto dall'Ordine degli architetti, pianificatori, paesaggisti e conservatori della Provincia di Taranto, rappresentato e difeso dall'avvocato Piero Giuseppe Relleva, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria 2;

contro

Comune di Martina Franca, rappresentato e difeso dall'avvocato Olimpia Cimaglia, con domicilio eletto

presso Giuseppe Pecorilla in Roma, via della Scrofa 64;

Politecnico di Bari - Dipartimento di ingegneria civile ed architettura, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi 12;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Consiglio nazionale degli architetti, pianificatori, paesaggisti e conservatori, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Colabianchi, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Oslavia 30;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, SEZIONE III, n. 55/2013, resa tra le parti, concernente un affidamento diretto dell'incarico per la redazione del documento programmatico preliminare al piano urbanistico generale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio

del Comune di Martina Franca e del Politecnico di Bari - Dipartimento di ingegneria civile ed architettura;

Visto l'atto di intervento *ad adiuvandum* del Consiglio nazionale degli architetti, pianificatori, paesaggisti e conservatori;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2015 il Consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Gennaro Notarnicola, su delega dell'avvocato Piero Giuseppe Relleva, Felice Lorusso, su delega dell'avvocato Olimpia Cimaglia, e Alberto Colabianchi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Nel presente contenzioso l'Ordine degli architetti, pianificatori, paesaggisti e conservatori della Provincia di Taranto impugna gli atti con cui il Comune di Martina Franca ha affidato in via diretta al Dipartimento di ingegneria civile e

architettura del Politecnico di Bari, per un corrispettivo di €. 39.500,00, il servizio di consulenza urbanistica finalizzata al coordinamento del costituendo "ufficio del piano" ed alla redazione del documento programmatico preliminare al piano urbanistico generale, ai sensi della legislazione regionale pugliese in materia urbanistica (e precisamente la l. reg. n. 20/2001 "Norme generali di governo e uso del territorio").

L'ordine professionale ricorrente censura sotto vari profili il mancato ricorso all'evidenza pubblica.

2. Con la sentenza in epigrafe il TAR Puglia – sez. staccata di Lecce ha respinto l'impugnativa, articolata in un ricorso iniziale, contro la determinazione comunale n. 93 del 30 dicembre 2011 e la conseguente convenzione stipulata in data 25 gennaio 2012 tra il Comune ed il Dipartimento universitario, e successivi motivi aggiunti, indirizzati alla determina dirigenziale n. 10 del 14 febbraio 2012 ed alla conseguente convenzione modificativa di quella

iniziale, stipulata in data 16 febbraio 2012.

3. Il giudice di primo grado:

- ha escluso che il contratto sia stato artificiosamente frazionato, sul rilievo che l'oggetto consiste in un'attività di consulenza specialistica dotata di autonomia funzionale, ed avendo le parti contraenti escluso, con la convenzione modificativa impugnata con motivi aggiunti, qualsiasi possibilità di estensione del servizio alle ulteriori fasi del procedimento di pianificazione urbanistica;

- stante il valore economico del contratto, inferiore alla soglia di € 40.000,00, ha pertanto reputato legittimo l'affidamento diretto (ai sensi dell'art. 125, commi 9 e 11, cod. contratti pubblici);

- ha inoltre escluso che l'oggetto della convenzione esorbitasse dai fini statutari del Politecnico, ritenendolo invece «*strettamente strumentale*» alla funzione di promozione della ricerca scientifica istituzionalmente demandata alle università pubbliche.

4. Contro questa decisione l'ordine

professionale soccombente ha proposto appello, al quale resistono il Comune di Martina Franca ed il Politecnico di Bari.

5. E' intervenuto *ad adiuvandum* il Consiglio nazionale degli architetti, pianificatori, paesaggisti e conservatori, già interveniente in primo grado.

DIRITTO

1. In via preliminare deve essere respinta l'eccezione di difetto di legittimazione ad agire dell'ordine professionale odierno appellante, sollevata dal Politecnico di Bari nella propria memoria costitutiva.

Infatti, il primo agisce nel presente giudizio «*a tutela degli interessi della categoria professionale rappresentata*» (così nel ricorso di primo grado), lamentandone la lesione in conseguenza del fatto che il Comune di Martina Franca ha affidato un servizio di astratta competenza della categoria professionale rappresentata in asserita violazione degli obblighi di evidenza pubblica su di esso gravanti. L'interesse azionato è dunque quello «*istituzionalizzato*», attribuito alla cura

dell'ente esponenziale della categoria medesima al «*pieno aspetto della par condicio nell'esercizio dell'attività professionale*» (Adunanza plenaria, sentenza n. 10 del 3 giugno 2011, § 21.3 della parte "in diritto"); interesse non identificabile con la mera sommatoria degli interessi individuali dei singoli appartenenti e dunque non condizionato da eventuali conflitti tra questi ultimi.

2. Va sul punto sottolineato che il caso oggetto del presente giudizio presenta forti analogie a quello deciso dall'Adunanza plenaria nella pronuncia ora citata. Infatti, anche in quest'ultimo alcuni ordini professionali, tra cui quello degli architetti, erano insorti in sede giurisdizionale contro la costituzione da parte di un'università di una società deputata allo svolgimento di servizi specialistici in concorrenza a quelle dei professionisti iscritti agli ordini ricorrenti, tra i quali la pianificazione urbanistica. Il principio di diritto espresso dall'organo di nomofilachia è peraltro applicabile *a fortiori* alla

presente fattispecie contenziosa, nella quale l'ordine odierno appellante non contesta gli atti con cui si è dato vita ad un potenziale competitore, ma quelli con i quali a quest'ultimo è stato affidato un contratto secondo modalità asseritamente in contrasto con le norme che vincolano l'agire dell'ente pubblico secondo modalità rispettose della *par condicio* tra operatori del settore, con contestuale sottrazione ai propri rappresentati di un'opportunità di mercato che le norme sull'evidenza pubblica avrebbero invece salvaguardato.

3. Passando al merito, non possono in primo luogo essere condivise le difese del Politecnico tendenti a negare la riconducibilità della convenzione tra il proprio dipartimento di ingegneria civile ed il Comune di Martina Franca al settore dei contratti disciplinato dal codice di cui al d.lgs. n. 163/2006, e fondate sul rilievo che la convenzione da questo contestata ha ad oggetto «*una mera attività tecnico-istruttoria di consulenza*», antitetica allo schema causale dell'appalto ex art. 1655 e ss.

cod. civ., svolta dal proprio dipartimento di ingegneria in esecuzione di un accordo tra pubbliche amministrazioni ex art. 15 l. n. 241/1990.

4. L'assunto è smentito *per tabulas* dal fatto che le attività «*di consulenza alla redazione del Documento Programmatico Preliminare al PUG secondo contenuti e procedure della legge regionale n.20/2001 e del DRAG PUG oggetto di convenzione*», come descritte all'art. 2 di quest'ultima, sono incontestabilmente dei «*servizi attinenti all'architettura (…) all'urbanistica e alla paesaggistica*», nonché «*servizi affini di consulenza scientifica e tecnica*», elencati al punto 12 dell'allegato II A al codice dei contratti pubblici. Pertanto, del tutto correttamente l'ordine professionale odierno appellante richiama l'art. 20, comma 2, del medesimo codice, il quale assoggetta alle norme previste da quest'ultimo *corpus* normativo i servizi di cui al citato allegato.

5. In questo senso si è del resto espressa la Corte di giustizia UE nella sentenza 19 dicembre 2012 (C-

159/11), allorché ha statuito che «*un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice, ed avente per oggetto la prestazione di servizi di cui all'allegato II A di tale direttiva, costituisce un appalto pubblico*» (§ 25). Sul punto, il giudice europeo ha soggiunto che questa qualificazione non è smentita dal fatto che l'operatore economico è a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice (§ 26), ed inoltre ha precisato che prestazioni di consulenza tecnica e scientifica di competenza di professioni liberali «*pur potendo rientrare – come menzionato dal giudice del rinvio – nel campo della ricerca scientifica, ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di cui all'allegato II A*» (§ 28).

Questo passaggio motivazionale costituisce la chiara estrinsecazione dell'approccio funzionale seguito in sede comunitaria, basato su un metodo di indagine di stampo sostanziale, volto alla ricerca della causa concreta dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni. Da questo angolo

visuale, al fine di rendere effettiva l'applicazione delle norme dei trattati europei e del diritto da essi derivato *in subiecta materia* si prescinde dalla astratta qualificazione giuridica dei contratti, per dare invece rilievo alle effettive caratteristiche dello schema causale concreto ed alla natura delle prestazioni acquisite dal contraente pubblico.

6. Ciò precisato, anche su questo punto devono essere evidenziate le indiscutibili affinità tra il caso portato all'attenzione del giudice europeo e quello qui in contestazione: infatti, si verteva in allora sulla legittimità di un affidamento diretto da una azienda sanitaria locale ad un dipartimento universitario di ingegneria di prestazioni di carattere professionale (e precisamente la verifica della vulnerabilità sismica degli edifici di proprietà dell'azienda affidante).

7. Va poi soggiunto che questa Sezione ha esaminato la fattispecie in questione, in seguito a rinvio della Corte di Giustizia, nella sentenza n. 3849 del 15 luglio 2013, citata dalle

parti litiganti.

In questa pronuncia non è in particolare stata accolta la tesi delle parti resistenti volte a ricondurre una simile convenzione all'istituto degli accordi tra pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 15 l. n 241/1990. Ponendosi nella linea tracciata dalla pronuncia sulla questione pregiudiziale comunitaria, secondo cui un appalto di servizi concluso tra due amministrazioni pubbliche può in astratto dare luogo ad un accordo sottratto alle norme sull'evidenza pubblica se finalizzato «*a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune*» (§ 34), questa Sezione ha infatti escluso che ricorresse quest'ultima ipotesi. A ciò è pervenuta attribuendo carattere decisivo al fatto che con la stipula della convenzione il dipartimento universitario affidatario aveva agito nella propria veste di operatore economico, e cioè di offerente un'attività suscettibile di procurare un corrispettivo pecuniario, a fronte dell'incameramento da parte dell'ente pubblico affidante di

un'*utilitas* economicamente valutabile, nell'ambito quindi di un rapporto giuridico di carattere patrimoniale regolato mediante lo strumento del contratto di diritto comune ex art. 1321 e ss. cod. civ.

Sulla scorta di questa ricostruzione si è dunque ritenuto applicabile il diritto europeo sugli appalti pubblici, trattandosi di «*attività economicamente contendibili*», per le quali era necessario il rispetto dei principi comunitari di concorrenza e parità di trattamento tra gli operatori economici a cui presidio le norme sull'evidenza pubblica comunitaria sono poste.

Nella pronuncia è stata per contro esclusa l'ipotesi dell'accordo ex art. 15 della legge generale sul procedimento amministrativo, in assenza dell'elemento tipologico che contraddistingue quest'ultimo istituto, consistente nel regolare lo svolgimento coordinato di funzioni amministrative istituzionali di più amministrazioni su oggetti di interesse comune.

Per concludere sul punto, si segnala che questa Sezione si è nuovamente

espressa in termini analoghi nella sentenza 23 giugno 2014, n. 3130, anch'essa in una fattispecie assolutamente in termini con quella oggetto del presente giudizio, nella quale si è statuita l'illegittimità di una selezione indetta da un Comune per l'affidamento dell'incarico di studio e consulenza tecnico scientifica per la redazione dello strumento urbanistico generale riservata ad università.

8. Tutto ciò precisato, il servizio qui in contestazione riproduce pienamente lo schema causale di quello esaminato nella sentenza n. 3849 del 15 luglio 2013, essendo anche in questo caso previsto a favore del Dipartimento un corrispettivo pecuniario (art. 6 della convenzione), a fronte dell'attribuzione al Comune della proprietà dei «*risultati scientifici, i miglioramenti e i processi tecnici e quant'altro sia oggetto di diritto sull'opera dell'ingegno*». A quest'ultimo riguardo, non induce a diversa considerazione il fatto che è stato pattuito il diritto del primo di utilizzare a fini didattici «*i risultati totali o parziali della presente collaborazione*» (art.

7). La previsione negoziale in questione non esclude comunque lo scambio di prestazioni corrispettive tipico del contratto d'appalto, ma si inserisce pienamente in esso arricchendolo, in particolare consentendo al dipartimento universitario non solo di acquisire un'entrata patrimoniale, ma anche di arricchire la propria attività didattica, in conformità alle finalità istituzionali ad esso demandate.

9. Accertata quindi la natura di appalto di servizi della convenzione tra il Comune di Martina Franca ed il Dipartimento di ingegneria civile del Politecnico di Bari, occorre a questo punto verificare la legittimità dell'affidamento diretto tra la prima ed il secondo, avuto riguardo al fatto che il corrispettivo pattuito, pari ad € 39.500,00, si colloca al di sotto della soglia di € 40.000,00, al superamento della quale l'art. 125, comma 11, d.lgs. n. 163/2006 impone il rispetto dell'evidenza pubblica, secondo i moduli dei contratti "sotto soglia", di cui al titolo II, parte II del codice

"appalti".

10. Al riguardo, colgono nel segno le censure con cui l'ordine provinciale appellante deduce l'artificioso frazionamento del servizio affidato, in violazione ai sensi dell'art. 29, comma 4, del medesimo codice.

Ciò appare particolarmente evidente dalla versione originaria della convenzione tra le due parti odierne appellate, alla quale le stesse hanno apportato modifiche nel corso di causa per quanto riguarda i profili che maggiormente rendevano evidente l'elusione degli obblighi di evidenza pubblica.

Con tali modifiche è stato infatti soppresso l'art. 8 della convenzione, rubricato «*ampliamento dell'oggetto*», il quale prevedeva: «*Entrambe le parti convengono nel ritenere ed accettare la presente convenzione quale fase iniziale di un rapporto che potrà avere nel tempo e nel susseguirsi dei lavori altri oggetti di accordo formalizzati previa condivisione tra le parti e attraverso protocolli integrativi. In particolare le parti convengono che il rapporto di convenzione possa essere esteso anche alla redazione del*

P.u.G., subito dopo l'adozione del DPP». Il tutto, nell'ambito di un accordo rimasto comunque intitolato: «*convenzione (…) per attività di consulenza urbanistica finalizzata al coordinamento del costituendo Ufficio del Piano per la redazione del Documento Programmatico Preliminare prima e del Piano Urbanistico Generale poi ai sensi della LR 27.07.2001, n. 20*».

Emerge dunque in modo palese che la redazione del documento programmatico preliminare era inizialmente concepito come «*fase iniziale*» di un apporto collaborativo naturalmente destinato alla predisposizione dell'atto terminale del procedimento pianificatorio, secondo la scansione prefigurata dalla legislazione urbanistica regionale.

11. Per contro, non emerge in alcun modo dagli atti impugnati alcuna plausibile ragione tecnica o economica alla base dell'iniziale affidamento della sola attività di redazione del documento programmatico preliminare.

Pertanto l'unica plausibile finalità di questa segmentazione deve essere

individuata nella volontà comune alle parti contraenti di eludere gli obblighi di evidenza pubblica gravanti sul Comune di Martina Franca. Rafforza questo convincimento il fatto che in seguito alla proposizione del ricorso di primo grado le parti hanno rimosso il profilo che maggiormente denotava il carattere artificioso del frazionamento ai sensi dell'art. 29, comma 4, d.lgs. n. 163/2006.

12. Deve poi rilevarsi che anche il TAR ha colto questo fine elusivo, annettendo tuttavia valenza "sanante" alla modifica in questione. Tuttavia, la conseguenza ricavata dal giudice di primo grado non può essere condivisa, perché l'eliminazione *a posteriori* della possibilità di estensione contrattuale non esclude che il frazionamento artificioso si sia in ogni caso pienamente consumato, attraverso la definitiva sottrazione dal mercato di una parte di un servizio pacificamente riconducibile ad un contratto unitario per omogeneità dell'attività professionale in esso dedotta e del risultato finale conseguibile dal

soggetto affidante.

13. Alla luce di tutte le considerazioni sopra svolte, l'appello dell'ordine professionale deve essere accolto, dovendosi pertanto accogliere, in riforma della sentenza di primo grado, il ricorso ed i motivi aggiunti dell'ordine professionale provinciale, con conseguente annullamento degli atti con essi impugnati.

14. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza, dovendo dunque essere addossate in via solidale al Comune ed al Politecnico di Bari, e liquidate, come da dispositivo, in favore dell'Ordine provinciale odierno appellante, nonché del Collegio nazionale interveniente *ad adiuvandum*.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e pertanto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso ed i motivi aggiunti dell'Ordine degli architetti,

pianificatori, paesaggisti e conservatori della Provincia di Taranto, annullando gli atti con essi impugnati.

Condanna il Comune di Martina Franca ed il Politecnico di Bari, in solido tra loro, a rifondere all'Ordine degli architetti, pianificatori, paesaggisti e conservatori della Provincia di Taranto ed all'interveniente Consiglio nazionale degli architetti, pianificatori, paesaggisti e conservatori le spese del doppio grado di giudizio, liquidate, rispettivamente in € 8.000,00 ed in € 6.000,00, oltre al rimborso del contributo unificato ed agli altri accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino,

Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/03/2015

IL SEGRETARIO

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

© 2014 - giustizia-amministrativa.it Accessibilità Mappa del sito Guida al sito Regole di accesso

Condizioni di utilizzo Informativa privacy