

N. 00130/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01237/2010 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1237 del 2010, proposto da:
Alberto Polacco, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco
Montanari, Michele Muscillo, con domicilio eletto presso Maurizio
Andreotti in Bologna, via Livraghi 1;

contro

Agen.Da S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Lolli, con
domicilio eletto presso Alessandro Lolli in Bologna, via G.Vaccaro 6;

nei confronti di

Stefano Storchi;

per l'annullamento

-dell'aggiudicazione definitiva della procedura per il conferimento di
incarico di consulenza in materia di pianificazione, deliberato con
verbale di CdA Agen.da n. 6 del 2 agosto 2010, notificato al

ricorrente in data 4 agosto 2010;

- del provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice ,
adottato dal Cda di Agen.da in data 7 maggio 2010;
- di ogni altro atto connesso o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Agen.Da S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2012 il dott. Ugo Di Benedetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Agend. Da s.r.l. è una società con partecipazione di capitale pubblica totalitaria costituita secondo il modello societario in house, soggetta al controllo funzionale, gestionale e finanziario degli enti pubblici soci, che ha per oggetto le attività di competenza pubblica correlate alla riqualificazione di un vasto ambito urbano contraddistinto dalla presenza della vecchia darsena di Ravenna.

Ha indetto una gara pubblica per il "conferimento di un incarico di consulenza ad esperto con competenze specialistiche in materia di pianificazione urbana e gestione dei processi di pianificazione, di urbanistica negoziale, di riqualificazione delle aree produttive

dismesse e digestione di società di trasformazione urbana”.

All'esito della procedura di valutazione comparativa il ricorrente, secondo classificato con punti 68,19 su 100, ha contestato gli atti di gara ed in particolare l'aggiudicazione definitiva e la nomina della commissione giudicatrice, deducendone l'illegittimità.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata che ha contro dedotto puntualmente alle avverse doglianze e concluso per inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Non si è costituito in giudizio il vincitore controinteressato intimato.

Le parti costituite hanno sviluppato ampiamente le rispettive difese con memorie e repliche e la causa è stata trattenuta in decisione all'odierna udienza.

2. La convenzione stipulata con il vincitore ha ad oggetto "l'attività di assistenza e consulenza, anche attraverso la stesura di pareri ed il supporto alla struttura tecnica operativa di Agen. Da (individuato nel responsabile Unico del procedimento, nel servizio di progettazione urbanistica del comune di Ravenna (e la sua unità di progetto) nella direzione tecnica dell'attività portuale e nel responsabile incaricato della redazione del piano economico – finanziario per il progetto di riqualificazione della Darsena di Città" negli ambiti e problematiche dettagliatamente precisate dalla convenzione, " fermo restando che tutte le determinazioni finali, gli atti, i provvedimenti ed i progetti relativi a detti ambiti problematiche ed attività sono e rimangono imputabili alla, e nella responsabilità della committente Agen. Da e/o

della sua struttura tecnica ed operativa come sopra individuata”.

3. Ciò premesso va preliminarmente respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione.

3.1. Nella presente fattispecie non si tratta di un appalto di servizi bensì di un contratto d'opera professionale (locatio operis) inquadrabile tra i contratti di cui all'articolo 2230 c.c..

Infatti, ciò che caratterizza l'appalto pubblico e privato, che hanno la stessa natura giuridica ancorchè differenziati per quanto concerne il contenuto negoziale della disciplina speciale degli appalti pubblici (per cui in questi ultimi la disciplina codicistica generale ha un'applicazione soltanto residuale), è l'assunzione del compimento di un servizio, con assunzione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, ai sensi dell'articolo 1655 c.c.. Si tratta, pertanto di un'obbligazione di risultato che, di regola avviene mediante un'organizzazione di media o grande impresa cui l'obbligato è preposto (Cassazione civile , sez. II, 21 maggio 2010 , n. 12519; Cass. 29.5.2001 n. 7307; Consiglio di stato, sez. IV, 29 gennaio 2008 , n. 263) o quantomeno che vede come contraente un imprenditore commerciale (Cassazione civile , sez. II, 16 febbraio 2007 , n. 3633; Cassazione civile , sez. II, 27 gennaio 1997 , n. 819).

3.2. La mancanza di tali elementi, nel caso concreto, comporta la qualificazione del rapporto convenzionale, oggetto di procedura di gara, in termini di contratto d'opera professionale non sussistendo alcuna assunzione di rischio e tenuto conto del contenuto della

prestazione richiesta che, come sopra specificato, costituisce un'attività individuale del professionista, di assistenza e consulenza, con la quale il professionista mette a disposizione i propri mezzi e capacità professionali, indipendentemente dal raggiungimento di un risultato.

3.3. Nondimeno la procedura di valutazione comparativa espletata era doverosa, ancorchè non soggetta alle norme del codice dei contratti di cui al D. lgs 163 del 2006, né alle specifiche direttive comunitarie concernenti le sole opere, forniture ed i servizi.

3.4. Infatti, come chiarito dal Consiglio di Stato i principi del Trattato dell'U.E.; ossia il principio di concorrenza e di quelli, che ne rappresentano attuazione e corollario, di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici, e sono direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario (Cons Stato, ad. Plen., 3 marzo 2008 n. 1; Cons. Stato, sez. VI: 30 gennaio 2007, n. 362; 30 dicembre 2005, n. 7616; 25 gennaio 2005, n. 168).

3.5. Ciò è precisato dalla stessa legge n. 241 del 1990 e s. m.. Infatti, l'articolo 29 dispone che la legge generale sul procedimento amministrativo si applica anche alle società con totale o prevalente capitale pubblico "limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative", come nel caso di specie in cui la società ha per

oggetto lo svolgimento delle attività di competenza pubblica correlate alla riqualificazione di un vasto ambito urbano. Ciò comporta ai sensi dell'articolo 1 ter il rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario e, quindi, della concorrenza e della gara pubblica anche per l'affidamento di una consulenza, di carattere tecnico e non fiduciario come nel caso in esame.

3.6. Sotto altro profilo, poi, è applicabile alla fattispecie l'articolo 7, comma 6-bis, de T.U.165/2001 e s. m. il quale prevede che " Le amministrazioni pubbliche disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione", ossia devono effettuare una gara per la scelta del professionista cui conferire un incarico di consulenza non fiduciaria. Tale disposizione non può essere elusa solo perché l'amministrazione non svolge direttamente le proprie funzioni amministrative ma utilizza, secondo il modello in house, una società a partecipazione pubblica totalitaria, trattandosi di disposizione espressione di un principio generale applicabile qualunque sia la scelta organizzativa della pubblica amministrazione per l'esercizio delle proprie funzioni.

3.7. In conclusione l'incarico in contestazione, attribuito con una doverosa procedura ad evidenza pubblica non è ascrivibile all'autonomia privata della società pubblica e, pertanto, non rientra nella giurisdizione del G.O. bensì del G.A. poiché viene in discussione un interesse legittimo alla regolarità della procedura di

affidamento di un incarico, non attribuibile intuitu personae ma tramite una procedura ad evidenza pubblica (Consiglio di stato, sez. V, 25 novembre 2010 , n. 8228), e, quindi, rientrante nell'ambito di giurisdizione definita dall'articolo 133, comma 1°, lettera e) numero 1), seconda parte, "trattandosi di procedimento di evidenza pubblica prevista dalla normativa statale" e comunitaria, ancorchè non riferibile ad un appalto di servizi..

4. Va, altresì, preliminarmente, respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso per incompetenza dell'ufficiale giudiziario che ha effettuato le notificazioni.

Infatti, la violazione delle disposizioni sulla cosiddetta "competenza" degli ufficiali giudiziari contenute negli artt. 106 e 107 del D.P.R. 15 dicembre 1959 n. 1229, e successive modificazioni, ove la notifica sia sotto ogni altro aspetto regolare, non comporta la nullità della notificazione stessa, ma una mera irregolarità che può essere ragione di censura nei confronti dell'ufficiale giudiziario, il quale avrebbe dovuto rifiutare il suo ministero di fronte alla richiesta di una notifica esulante dalla sua sfera di attribuzione. (T.A.R. Marche Ancona, sez. I, 07 giugno 2010 , n. 1212; T.A.R. Emilia Romagna, sez. staccata di Parma, 14 gennaio 2009 , n. 9; T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 05 luglio 2006 , n. 1715; Cons. Stato, Sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2849; Consiglio di Stato, sez. V, 07 luglio 2005 , n. 3757; Consiglio di Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004 , n. 8072; Cons. Stato, Ad. Plen., sent. n. 4 del 26-03-1982).

5. Ciò premesso il ricorso è infondato nel merito.

Non possono essere condivise le prime due censure dedotte, di cui è opportuna una trattazione congiunta, le quali sottolineano, sia pure per aspetti diversi, la violazione dell'articolo 84 del codice dei contratti.

Infatti, come sopra evidenziato, non si è in presenza di un appalto di servizi e, quindi, non trova applicazione l'articolo 84 il codice dei contratti di cui al D. lgs 163 del 2006 per quanto concerne la composizione della commissione giudicatrice e non avendo l'amministrazione richiamato detta norma nella disciplina della gara indicata nell'avviso di selezione neppure in virtù del proprio potere di autolimitazione e regolamentazione della procedura di valutazione comparativa indetta ed effettuata.

6. Va, infine, respinta la terza ed ultima censura diretta a contestare le valutazioni della commissione giudicatrice per quanto concerne i punteggi attribuiti sostenendo un difetto di istruttoria, un eccesso di potere sotto vari profili ed una disparità di trattamento.

Va, infatti, osservato, che, in questa sede di legittimità, le valutazioni effettuate dalla commissione giudicatrice ed i punteggi attribuiti non possono essere sindacati se non sotto il profilo di una manifesta illogicità o contraddittorietà non potendo il giudice amministrativo sostituire le proprie valutazioni di merito a quelle della commissione giudicatrice.

In sostanza il ricorrente evidenzia la propria maggiore esperienza

professionale in materia di pianificazione rispetto al vincitore.

Tuttavia tali valutazioni non sono sindacabili in questa sede di legittimità e del resto il ricorrente ha avuto un punteggio maggiore nella voce 7. 2.a), mentre ha ottenuto un minor punteggio nella voce 7.2. b) "precedenti esperienze professionali di consulenza con la pubblica amministrazione in ambiti attinenti" e non risulta, contrariamente a quanto sostenuto, che la valutazione sia stata incompleta per non avere la commissione esaminato tutte le attività documentate dal ricorrente.

Anzi la commissione giudicatrice nell'attribuire i punteggi sulla base dei criteri predeterminati ha evidenziato nel verbale di gara n. 2 del 15/6/2010, con cui si è completata la valutazione dell'esperienza professionale dei concorrenti, prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, che il curriculum del vincitore "presenta maggiore omogeneità e la miglior esperienza professionale in particolare negli ambiti attinenti la selezione in oggetto".

7. Per tali ragioni il ricorso va respinto ivi compresa la domanda risarcitoria non sussistendo le illegittimità dedotte.

8. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Emilia Romagna
(Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto, lo respinge.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese di causa in favore dell'amministrazione intimata che si liquidano in complessivi euro 3.000 (tre mila), oltre C.P.A. ed I.V.A.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Calvo, Presidente

Ugo Di Benedetto, Consigliere, Estensore

Sergio Fina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2012

IL SEGRETARIO

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