

ALL. 1

24 Ottobre 2013 N. 2361

N. 02361/2013 REG.PROV.COLL.

N. 00944/2011 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 944 del 2011, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ordine degli Ingegneri della Provincia di Como, rappresentato e difeso dagli avv.ti
Mario Lavatelli, Vincenzo Latorraca e Micaela Chiesa, con domicilio eletto presso
lo studio di quest'ultima in Milano, Corso di Porta Vittoria, 47

contro

Unione dei Comuni Lario e Monti, rappresentata e difesa dall'avv. Ruggero
Tumbiolo, con domicilio eletto in Milano, Via Nino Bixio, 14

nei confronti di

Politecnico di Milano

e con l'intervento di

ad

adiuvandum:

Consiglio nazionale degli Ingegneri, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maurizio Marti e Maria Manuela Toma, con domicilio eletto in Milano, Corso di Porta Vittoria, 47;

Consulta regionale Ordine degli Ingegneri della Lombardia, rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Beretta, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Corso Europa, 12;

Ordini degli Ingegneri della Provincia di Milano, Brescia, Mantova, Cremona, Lecco, Bergamo, Pavia, Lodi, Sondrio, Varese, Monza e Brianza, rappresentati e difesi dagli avv.ti Maria Manuela Toma e Maurizio Marti, con domicilio eletto in Milano, Corso di Porta Vittoria, 47

per l'annullamento

- della deliberazione dell'Unione dei Comuni di Lario e Monti n. 12 del 20.7.2010, avente ad oggetto la "*collaborazione istituzionale con il Politecnico di Milano*", modificativa della deliberazione n. 6 del 6.5.2010, con cui si è disposto di stipulare con il Politecnico di Milano - Dipartimento di Architetture e Pianificazione, un accordo per lo svolgimento delle attività di cui all'allegato "*atto di collaborazione istituzionale volto alla ricerca ed analisi propedeutica alla Progettazione del Piano di Governo del Territorio dei Comuni di Blevio, Torno, Faggeto Lario, Nesso, Veleso e Zelbio*", nonché per la dichiarazione di inefficacia del successivo contratto di consulenza, stipulato in data 16.9.2010 tra il Politecnico di Milano e l'Unione dei Comuni Lario e Monti, e di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente: provvedimenti impugnati con il ricorso principale;

- della deliberazione n. 12 del 7.4.2011, con cui la Giunta dell'Unione dei Comuni Lario e Monti ha confermato e ratificato la stipulazione dell"*atto di collaborazione istituzionale volto alla ricerca ed analisi propedeutica alla Progettazione del Piano*

di Governo del Territorio dei Comuni di Blevio, Torno, Faggeto Lario, Nesso, Veleso e Zelbio”, provvedimento impugnato con ricorso per motivi aggiunti.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Unione dei Comuni Lario e Monti e degli intervenienti *ad adiuvandum*, come sopra rappresentati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2013 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente proposto l'Ordine degli Ingegneri e l'Ordine degli Architetti pianificatori paesaggisti e conservatori della Provincia di Como, nonché la Consulta regionale lombarda degli Ordini degli Architetti pianificatori paesaggisti e conservatori hanno impugnato, chiedendone l'annullamento, la deliberazione dell'Unione dei Comuni di Lario e Monti n. 12 del 20.7.2010, avente ad oggetto la *“collaborazione istituzionale con il Politecnico di Milano”*, modificativa della deliberazione n. 6 del 6.5.2010, con cui si è disposto di stipulare con il Politecnico di Milano - Dipartimento di Architetture e Pianificazione, un accordo per lo svolgimento delle attività di cui all'allegato *“atto di collaborazione istituzionale volto alla ricerca ed analisi propedeutica alla Progettazione del Piano di Governo del Territorio dei Comuni di Blevio, Torno, Faggeto Lario, Nesso, Veleso e Zelbio”*, nonché per la dichiarazione di inefficacia del successivo contratto di consulenza, stipulato in data 16.9.2010 tra il Politecnico di Milano e l'Unione dei Comuni Lario e Monti, e ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente.

A fondamento dell'impugnazione hanno dedotto i seguenti motivi:

- 1°) violazione dell'art. 134 del D.lgs. 267/2000 per omessa indicazione delle ragioni di urgenza che condizionano la declaratoria di immediata eseguibilità della deliberazione di G.U. n. 12 del 20.7.2010; nullità, ai sensi dell'art. 21 *septies* della legge 241/1990, della declaratoria di immediata eseguibilità della deliberazione impugnata; violazione dell'art. 192 del D.lgs. 267/2000 in relazione alla stipulazione dell'accordo prima della deliberazione che approvava lo schema di convenzione; violazione dei principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa; incompetenza della Giunta dell'Unione;
- 2°) violazione dei principi di trasparenza, concorrenza, parità di trattamento e pubblicità; violazione dell'art. 2 del D.lgs. 163/2006, dell'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'art. 97 della Costituzione;
- 3°) violazione dell'art. 29, comma 4 del D.lgs. 163/2006; frazionamento illegittimo dell'importo dell'appalto al fine di eludere le regole dell'evidenza pubblica;
- 4°) inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 121 del codice del processo amministrativo per violazione del diritto comunitario.

La domanda cautelare è stata radicata, oltre che sulla fondatezza in diritto del ricorso, sul pregiudizio costituito dalla "*sottrazione al libero mercato di appalti*" di una convenzione di interesse delle categorie rappresentate (cfr. pag. 30).

Si sono costituiti in giudizio l'Unione dei Comuni di Lario e Monti (15.4.2011) e, quali intervenienti *ad adiuvandum*, il Consiglio nazionale degli Ingegneri (con atto del 27.4.2011, nel quale ha proposto i medesimi motivi del ricorso principale) e la Consulta regionale degli Ordini degli Ingegneri della Lombardia, nonché gli Ordini delle Province di Brescia, Mantova, Cremona, Lecco, Bergamo, Milano, Pavia, Sondrio, Lodi, Varese, Monza e Brianza (con atto del 28.4.2011, nel quale hanno dedotto la violazione degli artt. 1 e 15 della legge 241/1990; degli artt. 1, 2, 3, 20, 27, 29, 34, 56 e 57 del D.lgs. 163/2006, per elusione della procedura concorsuale di evidenza pubblica; degli artt. 3 e 97 della Costituzione; degli artt. 12, 43, 49 e

86 del Trattato CE; eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità e irragionevolezza).

I ricorrenti hanno, poi, proposto motivi aggiunti (10.6.2011) al fine di impugnare la deliberazione n. 12 del 7.4.2011, con cui la Giunta dell'Unione dei Comuni Lario e Monti ha confermato e ratificato la stipulazione dell'*atto di collaborazione istituzionale volto alla ricerca ed analisi propedeutica alla Progettazione del Piano di Governo del Territorio dei Comuni di Blevio, Torno, Faggeto Lario, Nesso, Veleso e Zelbio*", adottata in attuazione dell'impugnata deliberazione n. 12/2010, deducendo la violazione degli artt. 134 e 192 del D.lgs. 267/2000 e l'eccesso di potere per sviamento.

In vista dell'udienza in Camera di Consiglio del 22.6.2011:

1) l'unione resistente, nella memoria del 17.6.2011:

a) ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità degli Ordini intervenienti sul presupposto che questi, mossi dallo "*scopo di difendere gli interessi di categoria dei soggetti di cui hanno la rappresentanza istituzionale*" (cfr. pag. 5) non avrebbero potuto trarre un vantaggio indiretto dall'accoglimento del ricorso; in subordine, gli interventi sarebbero inammissibili perché "*notificati a mezzo posta (data di spedizione 20 e 22 aprile 2011) ben oltre il termine di 60 giorni decorrente dall'ultimo giorno di pubblicazione*" della deliberazione impugnata (cfr. pag. 5 - 6);

b) sempre in via preliminare, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, nel caso in cui la procedura venisse qualificata come "*ad evidenza pubblica*", per tardiva impugnazione (27.5.2011) della deliberazione n. 12/2011, che sarebbe stata depositata in giudizio già a far data dal 15.4.2011;

c) nel merito, ha opposto l'infondatezza sia del ricorso principale che dei motivi aggiunti;

2) la Consulta regionale degli Ordini degli Ingegneri della Lombardia, nonché gli Ordini sopra citati, hanno dedotto, nella memoria del 18.6.2011, l'insussistenza

di *“affinità alcuna tra i compiti istituzionali dei soggetti dell’accordo”*, ponendo in evidenza *“la circostanza che la prestazione del servizio viene remunerata con consistente corrispettivo, indebitamente frazionato fra le stesse parti beneficiarie”* (cfr. pag. 9);

3) i ricorrenti, nella memoria del 20.6.2011, hanno replicato all’eccezione preliminare dell’Amministrazione, opponendo che *“il tipo di attività prevista nel suddetto contratto di consulenza, volta essenzialmente alla prestazione di servizi di consulenza tecnico-scientifica, attinenti all’urbanistica e alla paesaggistica, rientra nell’elencazione di cui all’allegato II A del D.lgs. 163/2006”*, da ciò discendendo che *“la convenzione stipulata in data 16.9.2010 tra l’Unione dei Comuni e il Politecnico deve essere qualificata alla stregua di un appalto di servizi”* (cfr. pag. 5): sicché, essendo stati, nella specie, omessi gli avvisi e le informazioni previsti dall’art. 120 del codice del processo amministrativo, troverebbe applicazione il termine di impugnazione di sei mesi dalla data di stipulazione del contratto.

Parimenti infondata sarebbe, inoltre, l’eccezione di inammissibilità (opposta dall’Unione sull’assunto che la deliberazione n. 12/2010 avrebbe modificato in senso riduttivo il contenuto della precedente deliberazione n. 6/2010), in quanto con il provvedimento impugnato si sarebbe disposto un affidamento diretto del servizio, e, soprattutto, il Politecnico di Milano avrebbe espressamente manifestato la propria impossibilità a garantire l’adempimento delle prestazioni previste dalla convenzione approvata con la precedente deliberazione n. 6/2010.

Con ordinanza cautelare n. 1030 del 23.6.2011 la Sezione ha respinto la domanda cautelare, rilevando di essersi *“già pronunciata su questioni strettamente analoghe a quelle di cui al presente ricorso, ritenendo ammissibile il ricorso alle convenzioni ex art. 15 della L. n. 241/90 tra Enti Locali e Università, ai fini dell’affidamento di prestazioni quali quelle de quo (sentenze nn. 74/2010 e 1123/2010)”* e che *“il Consiglio di Stato, chiamato a decidere sull’appello delle*

predette sentenze, in un caso, ha confermato la sentenza di primo grado, condividendone le motivazioni (Sez. V n. 6548/2010), mentre nell'altro ha ritenuto necessario "risolvere alcuni problemi interpretativi di norme e principi di diritto comunitario", sollevando una questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (procedimento R.G. n. 6305/2010, sulla sentenza del T.A.R. Lombardia n. 1123/2010)"; con la conseguenza che "attualmente la Corte di Giustizia non si è ancora pronunciata sulla predetta questione pregiudiziale" e, quindi "la definizione del presente ricorso appare strettamente subordinata alla posizione che assumerà in materia la Corte di Giustizia, pronunciandosi sulla detta questione pregiudiziale".

Tale ordinanza è stata impugnata, con distinti ricorsi, sia dagli odierni ricorrenti che dagli Ordini intervenienti innanzi al Consiglio di Stato, che, con ordinanze nn. 3990 e 3991 del 15.9.2011, di identico contenuto, ha accolto gli appelli ai fini di una sollecita fissazione nel merito dei ricorsi.

Pertanto, in vista dell'udienza pubblica, fissata all'11.1.2012, le parti hanno depositato le rispettive memorie e repliche.

Segnatamente:

- nella memoria del 6.12.2011 la Consulta regionale degli Ordini degli Ingegneri della Lombardia e gli altri Ordini intervenienti hanno rimarcato la subordinazione della definizione della causa *"alla posizione che assumerà in materia la Corte di Giustizia"* (cfr. pag. 4), chiedendo, nella memoria di replica del 21.12.2011, che il Collegio nuovamente disponesse la remissione in via pregiudiziale;
- nella memoria del 6.12.2011 l'Unione resistente, nel riportarsi a quanto già in precedenza eccepito, ha opposto, con riguardo al primo motivo del ricorso principale, che la deliberazione impugnata sarebbe stata dichiarata *"immediatamente esecutiva: la dichiarazione di immediata esecutività (...) fa sì che la stessa produce immediatamente i suoi effetti (senza attendere la pubblicazione)"*

(cfr. pag. 5); mentre, per quanto concerne la dedotta illegittimità del conferimento dell'incarico al Politecnico di Milano, ha sostenuto che tale affidamento sarebbe *“perfettamente legittimo in quanto riconducibile ad un accordo tra enti pubblici”* (cfr. pag. 6), e che le questioni pregiudiziali oggetto di rinvio da parte del Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 5207 del 16.9.2011 (nell'ambito di un giudizio di appello su analoga sentenza emessa da questo Tribunale) *“non appaiono persuasive”* (cfr. pag. 7) tenuto conto che *“nella specie l'attività di ricerca svolta dall'ente universitario rientra tra i suoi fini istituzionali (...) ed è propedeutica all'esercizio delle funzioni di pianificazione proprie degli enti territoriali e quindi, certamente, attività di interesse comune ad entrambi gli enti”* (cfr. pag. 8);

- nella memoria del 23.12.2011 i ricorrenti si sono riportati ai motivi già proposti, soggiungendo che le Università, *“quali sedi primarie della ricerca scientifica e dell'insegnamento, possono dar vita a società, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e finanziaria, solo per il perseguimento dei propri fini istituzionali e non per erogare servizi contendibili sul mercato”* (cfr. 17);

- nella memoria di replica del 28.12.2011, la Consulta regionale degli Ordini degli Ingegneri della Lombardia e gli altri Ordini intervenienti hanno, inoltre, richiamato le statuizioni dell'Adunanza plenaria n. 10 del 3.6.2011, nella parte in cui il Consiglio di Stato ha osservato che *“la circostanza che siano previsti i corrispettivi di contratti e convenzioni non autorizza per ciò solo a ritenere che sia consentito qualsivoglia contratto (...) perché si deve pur sempre trattare di contratti consoni ai fini istituzionali dell'Ente”*, e ciò al fine di meglio definire i limiti di compatibilità delle attività di ricerca e consulenza (cfr. pag. 8);

- nella memoria di replica del 29.12.2011 i ricorrenti hanno insistito nel dedurre la sussumibilità dell'incarico nel novero degli appalti di servizi (con conseguente illegittimità per violazione delle disposizioni legislative sull'evidenza pubblica) anche in ragione del bando n. 31 del 7.11.2011, con cui il Politecnico di Milano

avrebbe conferito un incarico di collaborazione ad un *“professionista esterno all’Università”* (cfr. pag. 3);

- nella memoria di replica del 29.12.2011 l’Unione dei Comuni di Lario e Monti ha precisato che il bando indetto dal Politecnico di Milano, avente a oggetto una *“procedura di valutazione comparativa per il conferimento di un incarico di collaborazione presso il Dipartimento di Architettura e Pianificazione per lo sviluppo di cartografie e documentazioni relative al quadro conoscitivo ed interpretativo delle componenti ambientali e paesaggistiche per la bozza di piano dell’Unione dei Comuni Lario e Monti”*, censurato dai ricorrenti come ulteriore prova dell’estraneità ai fini scientifici, sarebbe in realtà volto ad istituire *“un rapporto di collaborazione, del tutto autonomo e distinto rispetto a quello dell’accordo di collaborazione oggetto del presente giudizio”*, relativo ad una *“limitata e circoscritta attività di acquisizione dati”* (cfr. pag. 4).

Con ordinanza n. 250 del 23.1.2012 la Sezione, preso atto *“che il Consiglio di Stato, chiamato a decidere sull’appello della sentenza del T.A.R. Lombardia n. 1123/2010, avente ad oggetto una questione identica alla presente, ha ritenuto necessario “risolvere alcuni problemi interpretativi di norme e principi di diritto comunitario”, sollevando una questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea (procedimento R.G. n. 6305/2010)”* e che *“attualmente la Corte di Giustizia non si è ancora pronunciata sulla predetta questione pregiudiziale”*, ha ribadito che *“la definizione del presente ricorso appare strettamente subordinata alla posizione che assumerà in materia la Corte di Giustizia, pronunciandosi sulla detta questione pregiudiziale”*, ciò inducendo la decisione di *“legittimamente sospendere, in attesa della pronunzia, il giudizio (...) senza che sia necessario, a tal fine, che sollevi a sua volta la medesima questione”*, e quindi disponendo la sospensione del processo *“con onere per la parte più diligente di riassumerlo dopo*

il deposito della sentenza della Corte di Giustizia a seguito del rinvio pregiudiziale sopra richiamato”.

I ricorrenti hanno impugnato tale ordinanza innanzi al Consiglio di Stato, che ha, tuttavia, dichiarato inammissibile l'appello cautelare *“atteso che le disposizioni processuali sull'appello cautelare (art. 62 cod. proc. Amm.) si applicano ai casi in cui sia impugnata un'ordinanza cautelare che abbia pronunciato sulla relativa istanza proposta in primo grado, ciò che è mancato nel caso in esame”.*

Con sentenza del 19.12.2012 (C – 159/11) la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sulle questioni pregiudiziali sollevate dalla Sezione V del Consiglio di Stato (ordinanza n. 966 del 15.2.2011).

Stante la stretta attinenza del principio espresso nella sopra citata sentenza, i ricorrenti hanno riassunto il presente giudizio (20.3.2013) riportandosi alle domande rassegnate in precedenza.

La Corte, peraltro, ha emesso, in rapida successione, l'ordinanza 16.5.2013 (causa C – 564/11), con cui si è pronunciata sulla questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato (sez. V, 16 settembre 2011, n. 5207) nel giudizio richiamato nell'ordinanza di questa Sezione n. 250/12.

In vista dell'udienza di merito, fissata al 9.10.2013, si è nuovamente costituito, con atto di intervento *ad adiuvandum* (18.9.2013), il Consiglio nazionale degli Ingegneri, sostenendo che dalla sentenza del Giudice comunitario deriverebbe piena conferma della dedotta illegittimità dell'affidamento disposto in favore del Politecnico di Milano.

Entro i prescritti termini di rito sia i ricorrenti sia l'Unione resistente hanno depositato le proprie memorie conclusive (entrambe il 23.9.2013) e le repliche (rispettivamente il 26.9.2013 e il 27.9.2013).

I ricorrenti, in particolare, hanno proposto – in via subordinata nell'ipotesi in cui il Tribunale non dichiari l'inefficacia dell'impugnata convenzione – domanda di

risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 124 del codice del processo amministrativo, da quantificarsi in €. 95.000,00, oltre iva, o, comunque, in via equitativa.

L'Unione ha replicato che *“nessun operatore è posto in una posizione privilegiata rispetto ai concorrenti, non essendo prevista la partecipazione di alcun prestatore privato”* (cfr. pag. 13 della memoria del 23.9.2013), infine eccependo l'inammissibilità della proposta domanda risarcitoria *“in quanto formulata nella memoria conclusiva che non è stata notificata alle controparti”* (cfr. pag. 6 della memoria di replica).

All'udienza pubblica del 9 ottobre 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

In via preliminare il Collegio è chiamato a esaminare le eccezioni preliminari opposte dall'Unione dei Comuni di Lario e Monti.

È infondata l'eccezione d'inammissibilità degli interventi *ad adiuvandum*, motivata sul presupposto che tali interventi mirerebbero a *“difendere gli interessi di categoria dei soggetti di cui hanno la rappresentanza”*, e che, piuttosto, i citati intervenienti *“avrebbero dovuto presentare ricorso in via principale”* (cfr. pag. 5 della memoria del 17.6.2011).

Negli atti d'intervento, infatti, sono stati espressamente proposti i medesimi motivi oggetto del ricorso principale, cui dunque deve limitarsi l'esame da parte del Collegio, a conferma del carattere adesivo dipendente delle posizioni processuali degli intervenienti (cfr., sul punto, TAR Lazio – Roma, 20 febbraio 2009, n. 1707).

Gli intervenienti sono, pertanto, titolari di un interesse acché le procedure di affidamento di attività professionali, quali sono quelle controverse, siano legittime, il che rende ammissibile l'intervento; di contro, non pare, invece,

immediato il perseguimento del bene della vita (integrato, nella specie, dalla possibilità di concretamente ottenere l'incarico di ricerca e studio conferito al Politecnico di Milano), difettando, di conseguenza, i presupposti che avrebbero potuto legittimare la proposizione di un ricorso in via autonoma.

Parimenti infondata è l'eccezione, opposta in via subordinata, di tardività dell'intervento in ragione del fatto che l'atto d'intervento sarebbe stato notificato (20/22.4.2011) oltre il termine di 60 giorni (nonché di quello semestrale previsto dall'art. 120 del codice del processo amministrativo in caso di omesso avviso) dalla pubblicazione della deliberazione impugnata (16.9.2010).

L'Unione resistente, infatti, risulta aver trasmesso all'Ordine ricorrente la deliberazione impugnata (n. 12 del 20.7.2010) soltanto con nota del 15.12.2010, e ciò in evasione dell'istanza di accesso proposta in data 10.11.2010, con la conseguenza che, contrariamente a quanto eccepito in via preliminare, la decorrenza del termine semestrale in questione va posposta e l'intervento, pertanto, è da ritenere tempestivo.

Sicché, il Collegio non ha motivo di discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale secondo cui la "*piena conoscenza*" del provvedimento asseritamente illegittimo, cui è correlata la decorrenza del termine per l'impugnazione, non discende automaticamente dalla mera pubblicazione all'albo pretorio, quanto, piuttosto, dall'effettiva percezione degli aspetti che ne rendono evidente la lesività nella sfera giuridica dei potenziali destinatari (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 28 maggio 2012, n. 3159).

È, infine, priva di fondamento l'eccezione d'inammissibilità fondata sul fatto che la deliberazione n. 12/2010 prevedrebbe prestazioni meno articolate di quelle oggetto della convenzione approvata con la deliberazione n. 6 del 6.5.2010, quest'ultima – ad avviso dell'Amministrazione procedente – non impugnata quantunque immediatamente lesiva.

Risulta, infatti, pacifico, ai sensi dell'art. 64, comma 4 del codice del processo amministrativo, che nel preambolo della deliberazione impugnata è stato sottolineato che *“il Politecnico di Milano ha espresso la volontà di poter dare corso solamente a parte di quanto previsto dall'accordo di collaborazione, ed in particolare che non avrebbe provveduto alla redazione dei PGT ma solamente alle attività di ricerca e analisi propedeutiche a tale atto, in particolare agli aspetti di carattere paesaggistico – ambientale”*: ragione per cui l'impugnazione è stata correttamente rivolta al provvedimento con cui si è realmente determinata la natura e il contenuto dell'attività oggetto di affidamento.

Tanto premesso, il ricorso è parzialmente fondato, nei sensi appresso specificati. Con il primo motivo i ricorrenti hanno dedotto che *“l'Unione ha sottoscritto una convenzione, pur non essendo efficace la preventiva delibera a contrattare”* (cfr. pag. 8), a nulla valendo, inoltre, l'apposta dichiarazione di immediata esecutività. Ha, poi, soggiunto che non sussisterebbero, nella specie, ragioni di urgenza tali da giustificare *“un'inversione procedimentale palesemente illegittima”* (cfr. pag. 9) e, soprattutto, *“una deroga al principio di pubblicità del bando”* (cfr. pag. 11).

L'Unione resistente ha opposto che, in ragione della successiva adozione della deliberazione di G.U. n. 12 del 7.4.2011 – con cui *“si è deliberato di “confermare e ratificare” la stipulazione dell'atto di collaborazione tra Unione e Politecnico di Milano sottoscritto in data 16 settembre 2010”* (cfr. pag. 8 della memoria del 17.6.2011) – si sarebbe posto rimedio a qualsiasi eventuale irregolarità procedurale, venendo di conseguenza meno l'interesse sotteso alla proposizione del motivo.

Il Collegio è dell'avviso che il motivo sia infondato alla luce delle utili indicazioni provenienti dalla prima Sezione civile della Cassazione nella sentenza n. 2842 del 28 marzo 1996.

La Suprema Corte ha, infatti, così risolto la questione relativa allo “*specifico vizio del procedimento consistente nella stipula del contratto da parte dell'organo a ciò legittimato, ma in mancanza di delibera di autorizzazione a contrarre*”, premettendo che:

a) secondo un primo indirizzo “*l'ipotesi andrebbe inquadrata nella problematica dell'incompetenza, nella quale dovrebbe distinguersi tra ipotesi di vero e proprio straripamento di potere (determinate dall'invasione dell'attività di un organo nella sfera di poteri esclusivi di un altro) o di esercizio di poteri che non sarebbero neppure configurabili in relazione all'organo che ha effettivamente agito, che darebbero luogo a nullità del contratto e ipotesi di incompetenza meno gravi, come quella che si verifica allorché, violando le regole procedurali dettate per la regolare formazione volontà dell'ente, l'organo, che è pur sempre legittimato ad esprimere la volontà dell'amministrazione verso i terzi, stipula senza la previa delibera dell'organo competente a formare la volontà negoziale (sentenze 2058-61; 1668-71; 2996-79). Il vizio di cui si tratta sarebbe, quindi, inquadrabile nella categoria dell'incapacità e sarebbe suscettibile di sanatoria ai sensi degli artt. 1425 e 1444 c.c.*”;

b) secondo un diverso indirizzo “*la fattispecie di cui si tratta costituirebbe l'esercizio di attività negoziale da parte di soggetto sfornito di poteri rappresentativi e come tale sarebbe suscettibile di ratifica ai sensi dell'art. 1399 c.c. (sent. 2681-93 e, sia pure con argomentazione ad abundantiam, 937-79)*”.

Date le opposte impostazioni, la Cassazione ha espresso, in aderenza alla prima opzione, il principio di diritto secondo cui “*la stipulazione di un contratto da parte del sindaco, non preceduta dalla delibera del consiglio comunale, ne comporta l'annullabilità, rilevabile esclusivamente da parte dell'amministrazione, e la possibilità di convalida ai sensi dell'art. 1444 c.c.. Spetta dunque al giudice di rinvio, alla stregua del principio di diritto enunciato, verificare se sussistono le*

condizioni per il rilievo dell'annullabilità e, in caso positivo, se si siano realizzati eventualmente i presupposti per la convalida”.

Il che può dirsi avvenuto mediante l'adozione della deliberazione n. 12 del 7.4.2011, con cui la Giunta dell'Unione – organo titolare di funzioni esecutive cui certamente spetta la competenza a provvedere a tutela dell'uso e governo di un vasto comprensorio territoriale (Comuni di Blevio, Torno, Faggeto Lario, Nesso, Veleso e Zelbio) – ha, appunto, sanato la dedotta *“inversione procedimentale”*.

Di conseguenza, va respinta nel merito, per le medesime ragioni, anche l'unica censura dedotta con i motivi aggiunti, relativa all'illegittimità della disposta ratifica, il che consente di prescindere dall'esame dell'eccezione d'inammissibilità, opposta dall'Unione resistente.

Con il secondo motivo di ricorso è stato, invece, dedotto che *“l'Unione dei Comuni ha inteso eludere i principi della libera concorrenza, affidando direttamente, senza pubblicità (e dunque violando la trasparenza) ed in contrasto con i canoni di efficacia ed efficienza che impongono una selezione tra le migliori offerte, in conformità al principio di buon andamento della p.A.”* (cfr. pag. 14 del ricorso).

Ciò sarebbe provato dall'esame delle disposizioni del *“contratto di consulenza stipulato tra l'Unione dei Comuni Lario e Monti e il Politecnico di Milano, il cui art. 1 indica, quale oggetto del contratto, la ricerca per le attività di analisi ambientale di progettazione del Piano di governo del territorio, andando, nella sostanza, ben oltre la forma contemplata nel nomen dell'accordo ossia “contratto di consulenza”* (cfr. pag. 15).

E ancor più, dall'art. 2, nel quale sono state definite le prestazioni oggetto di affidamento (redazione metodologica e di obiettivi; documento di sintesi delle analisi ambientali; bozza di documento di piano, piano dei servizi e piano delle regole; elaborati definitivi cartografici, descrittivi e normativi del PGT per la

componente ambientale) e, in successiva previsione (art. 4), il relativo corrispettivo, fissato in €. 95.000,00, oltre iva e aliquota del 20%.

Ad avviso dei ricorrenti, tali prestazioni rientrerebbero *“nei servizi elencati nell'allegato II A del codice dei contratti pubblici, ed in particolare al n. 12, il quale si riferisce ai servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica ed ai servizi affini di consulenza scientifica e tecnica”*.

Il che qualificerebbe la stipulata convenzione come *“un vero e proprio contratto a prestazioni corrispettive e non un semplice rapporto che prevedesse un'attività collaborativa e sinergica, concedendo, tutt'al più, un semplice rimborso spese”* (cfr. pag. 15) e il Politecnico *“un operatore che può concorrere all'affidamento del servizio, ma al pari degli altri soggetti”* (cfr. pag. 20) e *“nel pieno rispetto delle regole della concorrenza e del libero mercato”* (cfr. pag. 21).

Hanno, infine, dedotto che *“la presenza del corrispettivo, certamente non limitato alla copertura dei soli costi, alla luce della normativa comunitaria e nazionale, rappresenta l'elemento sintomatico della qualificazione dell'accordo alla stregua di appalto pubblico, da assoggettare alla relativa disciplina secondo le prescrizioni del codice degli appalti”* (cfr. pag. 23).

Nel proprio atto d'intervento, poi, la Consulta regionale degli Ordini degli Ingegneri della Lombardia, e gli altri Ordini intervenienti, hanno asserito che sarebbe stato previsto un ulteriore *“compenso di €. 19.500,00, oltre iva, per la redazione di ciascun P.G.T.”* (cfr. pag. 7 della memoria del 28.4.2011): assunto condiviso dal Consiglio nazionale degli Ingegneri, secondo cui *“l'incarico affidato dall'Unione al Politecnico e dai singoli Comuni all'arch. Franchi sia un incarico unitario (dall'importo complessivo di €. 212.000,00)”* (cfr. pag. 8 della memoria del 27.4.2011).

L'Unione resistente ha opposto che *“l'affidamento di che trattasi è perfettamente legittimo in quanto riconducibile ad un accordo tra enti pubblici”* (cfr. pag. 6 della

memoria del 21.12.2011), costituendo espressione del principio di cooperazione tra Amministrazioni pubbliche elaborato dalla giurisprudenza comunitaria nelle sentenze del 13.11.2008 (causa C – 324/07) e 9.6.2009 (causa C – 480/06).

Si è detto più sopra che il giudizio è stato in precedenza sospeso in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, che, con sentenza del 19.12.2012 (C – 159/11), si è espressa sulle questioni pregiudiziali sollevate dal Consiglio di Stato, statuendo, tra l'altro, che:

- a) l'affidamento senza gara, da parte di un'Amministrazione aggiudicatrice, di un contratto contrasta con le norme e i principi sull'evidenza pubblica comunitaria quando ha ad oggetto servizi i quali, pur riconducibili ad attività di ricerca scientifica, *“ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di cui all'allegato II A, categoria 8, della direttiva 2004/18, oppure nell'ambito dei servizi d'ingegneria e dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica indicati nella categoria 12 di tale allegato”* (§ 28);
- b) non sussiste per contro l'obbligo della gara in caso di *“contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi”* (§ 34);
- c) *“le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non sono applicabili, a condizione che – inoltre – tali contratti siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun prestatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti, e che la cooperazione da essi istituita sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico”* (§ 35);
- d) *“il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui –*

ciò che spetta al giudice del rinvio verificare – tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti” (§ 40).

Le dette statuizioni, sia pure con alcune differenze concernenti la specifica fattispecie trattata, sono state ribadite dalla Corte di Giustizia nell'ordinanza del 16.5.2013 (C – 564/11).

Si tratta, pertanto, di stabilire, alla luce di tali pronunce, se l'affidamento disposto in favore del Politecnico di Milano, e di riflesso l'impugnata convenzione, siano o meno legittimi.

Il Collegio ritiene che a tale quesito debba darsi risposta positiva, con le precisazioni che seguono.

Anzitutto, è infondata la tesi, sostenuta dai ricorrenti e dagli intervenienti *ad adiuvandum*, secondo cui l'attività prevista dalla convenzione stipulata in data 16.9.2010 comprenderebbe, altresì, l'ulteriore e futura redazione dei piani di governo del territorio.

Ciò in quanto, sulla base di una interpretazione sistematica ai sensi dell'art. 1363 del codice civile, l'inciso, previsto all'art. 1 dell'accordo, all'adozione dei piani di governo del territorio *“ai sensi della legge regionale n. 12/2005”* non vale, certamente, ad eterointegrare le prestazioni puntualmente definite all'art. 2, le quali palesemente escludono tale attività (che, invece, è stata oggetto di separati affidamenti, da parte di ciascuna Amministrazione facente parte dell'Unione, in merito alla cui legittimità si dirà appresso).

Del resto, dal preambolo della deliberazione n. 12/2010 risulta espressamente confermato che il Politecnico ha manifestato la propria impossibilità ad assolvere

alla redazione dei PGT, prestazione prevista dalla deliberazione n. 6/2010 e poi revocata in quella n. 12/2010.

Di conseguenza, la verifica sull'applicazione dei principi della Corte di Giustizia deve circoscriversi alla disciplina effettivamente trasfusa nella convenzione (ricerca e analisi connesse ai profili di tutela paesaggistico – ambientale).

Sul punto, utili elementi si possono trarre dalla sentenza della V Sezione del Consiglio di Stato n. 3849 del 15.7.2013, con cui è stato definito, in esito alla medesima pronuncia della Corte di Giustizia, un giudizio proposto dall'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e dal Consiglio nazionale degli Ingegneri avverso un affidamento, regolato da apposita convenzione, disposto dall'ASL in favore dell'Università del Salento, avente ad oggetto l'attività di studio e valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce.

Nell'occasione, il Consiglio di Stato ha rilevato non sussistere una *“sinergica convergenza”* delle prestazioni oggetto del contratto controverso su attività d'interesse comune, ravvisandosi che tali attività erano *“da un lato riconducibili alla istituzionale funzione di ricerca scientifica e consulenza delle Università, ai sensi dell'art. 66 d.p.r. n. 382/1980, ma al contempo sono meramente strumentali rispetto ai compiti demandati dall'ordinamento alle aziende sanitarie locali, attenendo alla verifica della vulnerabilità sismica di plessi ospedalieri di proprietà di quest'ultima”*, con l'effetto che *“i risultati di questa attività di ricerca sono destinati ad essere incamerati nel patrimonio”* dell'ASL e che *“vi è dunque l'acquisizione di una utilitas in via diretta all'ente pubblico ricevente”*.

Ciò, al contrario, non si ravvisa nella fattispecie, caratterizzata dall'erogazione di prestazioni connesse alla tutela di valori di tutela paesaggistica e ambientale, da adeguatamente proteggere mediante l'elaborazione di una base scientifica che il

Politecnico di Milano, per le proprie peculiari prerogative istituzionali, era in grado di assicurare.

Pertanto, mentre nel giudizio definito dalla V Sezione erano in discussione profili (sì di astratta rilevanza pubblicistica, ma nella sostanza) di tutela dominicale, cioè la stabilità fisica dei plessi ospedalieri della Provincia di Lecce, nel caso odierno si è trattato di garantire che nei futuri atti di pianificazione territoriale trovasse sicura tutela l'ambiente, dalla giurisprudenza costituzionale qualificato come *“bene immateriale non configurabile tecnicamente come patrimonio dello Stato, ma come utilità della collettività generale, verso la quale l'amministrazione ha doveri più che diritti”* (sentenza 30 dicembre 1987, n. 641) e, altrettanto efficacemente, dalla Suprema Corte come *“un insieme che, pur comprendendo vari beni o valori, quali la flora, la fauna, il suolo, l'acqua etc., si distingue ontologicamente da questi in quanto si identifica in un realtà priva di consistenza materiale, ovvero in un contesto senza forma”* (sez. I, 9 aprile 1992, n. 4362).

Ciò è pienamente confermato dal contenuto delle prestazioni definite all'art. 2 della convenzione, integrato da un'attività di ricerca e analisi propedeutica alla redazione dei PGT, *“in particolare in riferimento agli aspetti di carattere paesaggistico – ambientale”*, come espressamente enunciato nel preambolo della deliberazione n. 12/2010.

Pertanto, l'inerenza istituzionale delle attività commissionate dall'Unione al Politecnico di Milano è da ritenersi provata, perché congrua al fondamento dell'art. 66 del d.p.r. 382/1980 (*“Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica”*), in cui si prevede che *“le Università, purché non vi osti lo svolgimento della loro funzione scientifica didattica, possono eseguire attività di ricerca e consulenza stabilite mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati. L'esecuzione di tali contratti e convenzioni sarà affidata, di norma, ai dipartimenti o, qualora questi*

non siano costituiti, agli istituti o alle cliniche universitarie o a singoli docenti a tempo pieno. I proventi delle prestazioni dei contratti e convenzioni di cui al comma precedente sono ripartiti secondo un regolamento approvato dal consiglio di amministrazione dell'Università, sulla base di uno schema predisposto, su proposta del Consiglio universitario nazionale, dal Ministro della pubblica istruzione”.

Tale disposizione – la cui disciplina ha trovato puntuale traduzione nell’art. 1.2, comma 3 dello Statuto del Politecnico (in cui è stabilito che “*per il raggiungimento delle proprie finalità, il Politecnico intrattiene rapporti con enti pubblici e privati anche attraverso partecipazioni, contratti, convenzioni e consulenze. Può costituire centri e servizi, anche interuniversitari, e intrattiene collaborazioni nel campo della ricerca, della didattica e della cultura*”) – è preordinata a evitare che le istituzioni universitarie si chiudano in un antistorico dogmatismo e in un atteggiamento di incomunicabilità con le Amministrazioni pubbliche e con il mondo delle professioni, quindi in radicale contrasto con la fattiva cooperazione che la convenzione controversa si è, invece, proposta di istituire.

Nella specie, la “*collaborazione istituzionale*” perfezionatasi tra l’Unione resistente e il Politecnico risponde al modello di cooperazione affermato nella sentenza della Corte di Giustizia 9 giugno 2009 (causa C – 480/06, c.d. Amburgo), in cui si è statuito che “*il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare le comuni funzioni di servizio pubblico. Se una cooperazione di tal genere è retta unicamente dal perseguimento di obiettivi di interesse pubblico e se viene salvaguardato il principio di parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, non c’è violazione del diritto comunitario*”.

Sul punto, non può ritenersi fondata la deduzione del Consiglio nazionale degli Ingegneri (cui pure hanno fatto ampio cenno i ricorrenti, cfr. pagg. 15 – 16 della memoria del 23.11.2011), secondo cui “*è da escludersi che l’accordo istituisca una*

cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi" (cfr. pag. 10 della memoria del 18.9.2013).

Come, infatti, ha puntualmente precisato il Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 3849 del 15.7.2013 circa il *"carattere comune alle amministrazioni stipulanti dell'interesse pubblico perseguito, che vale a distinguere gli accordi dai contratti"*, deve ritenersi che *"il requisito dell'interesse pubblico "comune" non può essere inteso in termini di identità ontologica, incentrato cioè sul settore materiale di intervento delle amministrazioni stipulanti"*, dal momento che, diversamente opinando, *"si finirebbe per limitare ingiustificatamente le forme di cooperazione tra enti pubblici, circoscrivendole a quelle concluse tra soggetti appartenenti alla medesima branca amministrativa. Pertanto, ha ragione la citata parte appellante a sostenere che il predicato in questione possa essere soddisfatto allorché vi sia una "sinergica convergenza" su attività di interesse comune, pur nella diversità del fine pubblico perseguito da ciascuna amministrazione"*.

Dunque, la differenza – decisamente marcata dalla V Sezione – tra l'*"identità ontologica"* e la *"stretta convergenza"* delle funzioni degli enti cooperanti, e, soprattutto, la preferenza per tale seconda opzione ermeneutica, costituiscono dei canoni per la risolutiva applicazione del principio di cooperazione di derivazione comunitaria.

Tale lettura pare, inoltre, in linea con l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato nell'Adunanza plenaria 3 giugno 2011, n. 10, in cui è stato affrontato il tema dell'autonomia delle Università in rapporto alle loro finalità istituzionali, precisandosi:

a) che tali istituzioni *"non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento*

delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”;

b) che “l’attività di ricerca e consulenza, anche se in favore di enti pubblici, non può essere indiscriminata, sol perché compatibile, ma deve essere strettamente strumentale alle finalità istituzionali dell’Ente, che sono la ricerca e l’insegnamento, nel senso che giova al progresso della ricerca e dell’insegnamento, o procaccia risorse economiche da destinare a ricerca e insegnamento. Non si può pertanto trattare di un’attività lucrativa fine a sé stessa, perché l’Università è e rimane un ente senza fine di lucro”;

c) che “entro i limiti sopra disegnati, 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. 163/2006), non solo in via diretta, ma anche mediante apposita società (come consentito dalla stessa Autorità di vigilanza sin dalla deliberazione 18 aprile 2007 n. 119)”;

d) che “la circostanza che siano previsti i corrispettivi di contratti e convenzioni non autorizza per ciò solo a ritenere che sia consentito qualsivoglia contratto, e segnatamente il contratto costitutivo di società commerciale, perché si deve pur sempre trattare di contratti consoni ai fini istituzionali dell’Ente”.

Di conseguenza, l’astratta riconducibilità delle prestazioni oggetto dell’impugnata convenzione all’allegato II A del codice dei contratti pubblici, e, di riflesso, l’applicazione dei principi dell’evidenza pubblica, possono nel caso di specie essere derogati in ragione dell’accertamento di un rapporto di cooperazione tra l’Unione resistente e il Politecnico di Milano, ispirato da ragioni di interesse pubblico.

Ragioni che, però, sono state censurate dai ricorrenti e dagli intervenienti *ad adiuvandum* nel terzo motivo, con cui è stata dedotta la violazione dell’art. 29, comma 4 del D.lgs. 163/2006 con riguardo ai distinti affidamenti, disposti in

favore dell'arch. Giovanni Franchi, per la redazione degli atti dei PGT di ciascun Comune dell'Unione.

Ad avviso del Consiglio nazionale degli Ingegneri, tali affidamenti dissimulerebbero *“un incarico unitario (dall'importo complessivo di €. 212.000,00)”* (cfr. pag. 8 della memoria del 27.4.2011).

A tal riguardo, il Collegio è dell'avviso che non si possa accomunare, sotto il profilo delle prestazioni professionali oggetto di censura, la convenzione stipulata in data 16.9.2010 con le successive e distinte determinazioni dirigenziali con cui alcune Amministrazioni comunali (Faggeto Lario, Blevio, Torno, Veleso, Nesso, Zelbio) facenti parte dell'Unione hanno direttamente affidato, al citato professionista, gli incarichi di cui più sopra si è detto.

Occorre precisare, infatti, che con sentenza n. 1140 del 18.4.2012 la Sezione, in composizione identica a quella odierna, ha respinto il ricorso presentato da un architetto avverso la determinazione dirigenziale del 2.2.2008, n. 19, con cui il Comune di Faggeto Lario aveva riaperto i termini di presentazione delle offerte della procedura di affidamento dell'incarico di redazione del piano di governo del territorio, nonché della nota dirigenziale del 3.5.2008, con cui era stata comunicata la chiusura della medesima procedura selettiva in ragione dell'accordo istituzionale con il Politecnico di Milano, oggetto del presente giudizio.

In tale pronuncia si è, infatti, statuito che *“quanto, poi, ai profili di illegittimità del bando indetto dall'unione dei comuni ed impugnato nel giudizio R.G. 944/11, pendente presso questo Tribunale, il Collegio ritiene, intanto, di precisare che non esiste, tra tale giudizio ed il presente, alcun rapporto di connessione, soggettiva o oggettiva (peraltro mai dedotta dal ricorrente a fondamento di un'istanza di riunione), né tantomeno di continenza, ciò rendendo influenti le argomentazioni*

sviluppate, a tal riguardo, dal ricorrente ai fini della decisione dell'odierna controversia".

Ciò precisato, pare, tuttavia, evidente che i censurati affidamenti possano considerarsi alla stregua di provvedimenti collegati al rapporto di collaborazione instauratosi tra l'Unione e il Politecnico di Milano.

Prova ne è:

1) la determinazione dirigenziale n. 40 del 2.10.2010 del responsabile del servizio del Comune di Veleso, nel cui preambolo si richiama l'incarico di consulenza scientifica affidato dall'Unione dei Comuni di Lario e Monti al Politecnico di Milano, per poi disporre l'affidamento dell'incarico all'arch. Franchi, il quale, peraltro, risulta aver trasmesso, nella stessa giornata del 2.10.2010, *"il disciplinare di incarico (...) in cui viene richiesto un corrispettivo pari ad €. 19.500,00 oltre iva e oneri previdenziali"*;

2) la determinazione dirigenziale n. 59 del 27.10.2010 del responsabile del servizio del Comune di Blevio, nella quale parte integrante della motivazione dell'affidamento disposto in favore del citato professionista è fondata sul presupposto che il disciplinare di incarico *"risulta idoneo a regolare il rapporto relativo alla prestazione di che trattasi e che prevede l'impegno del professionista incaricato a tenere gli opportuni contatti con il Politecnico di Milano, dipartimento di Architettura e Pianificazione"*;

3) la determinazione dirigenziale n. 69 del 28.12.2010 del responsabile del servizio del Comune di Faggeto Lario, nella quale pacificamente si ammette di aver proceduto al medesimo affidamento *"in riferimento anche al conferimento dell'incarico da parte dell'Unione dei Comuni Lario e Monti al Politecnico di Milano"*;

4) le deliberazioni di G.C. n. 28 dell'1.9.2010 del Comune di Nesso, n. 27 del 22.9.2007 del Comune di Zelbio, e, infine, la determinazione dirigenziale n. 98 del 7.10.2010 del responsabile del servizio del Comune di Torno.

Il Collegio è, pertanto, chiamato a conoscere la legittimità di tali provvedimenti, rilevando la fondatezza della dedotta violazione di artificioso frazionamento, resa vieppiù grave in ragione di una manifesta violazione dei principi di concorrenza e trasparenza.

Le citate Amministrazioni hanno, infatti, consapevolmente e “*pro-quota*” concorso a consolidare – con affidamenti elusivamente basati sull’apparente libertà sottesa alla soglia inferiore al limite di €. 100.000,00, prevista dall’art. 91, comma 2 del D.lgs. 163/2006 e, ancor prima, sagacemente riacquisendo le funzioni di stazione appaltante – un incarico manifestamente unitario, e ciò in difetto di alcuna preliminare indagine volta ad accertare se vi fossero altri aspiranti e potenziali affidatari.

Esaminando il *curriculum* dell’arch. Franchi, in particolare, ci si avvede che lo stesso risulta “*cultore della materia in urbanistica presso la Facoltà di Architettura del Politecnico di Milano*”, nonché destinatario di incarichi di insegnamento, per due distinte cattedre, nel corso di “*integrazione urbanistica al Laboratorio di Progettazione architettonica*”, e ciò per gli anni accademici dal 1997 al 2010.

Il citato professionista, inoltre, figura tra i relatori del convegno indetto dal Politecnico in data 21.6.2013 dal titolo “*quale paesaggio per la riva orientale del ramo di Como ?*”, nell’ambito del quale ha trattato il tema “*paesaggio e regole dei PGT dell’Unione dei Comuni Lario e Monti*” (cfr. allegato 13 dell’Unione).

Si tratta di indizi che con ogni probabilità provano le conoscenze professionali in materia urbanistica dell’arch. Franchi, ma che non possono in alcun modo giustificare – o, addirittura, in via postuma sanare – le palesi violazioni delle regole della concorrenza e della trasparenza di cui prima si è detto.

Pertanto, i provvedimenti di affidamento degli incarichi al citato professionista sono illegittimi e vanno annullati.

Ciò rileva, altresì, sul distinto, ma connesso, piano della responsabilità contabile per danno alla concorrenza .

Va, infatti, richiamato il consolidato orientamento della Sezione Lombardia della Corte dei Conti, che, a partire dalla sentenza n. 598 del 30.9.2009, cui poi sono seguite ulteriori pronunce di identico tenore (n. 477/2006; 448/2007; 135, 288, 979, 980/2008; 70, 428, 476, 767, 808, 809, 810, 811/2009; 109/2011), ha dato puntuale applicazione ai citati principi, affermando testualmente che *“il danno (alla concorrenza), nel giudizio di responsabilità, viene individuato nei pagamenti eccedenti la quota riconducibile all’arricchimento senza causa, sicché l’utile di impresa rappresenta la misurazione di tale eccedenza”*.

Pertanto, la legittimità della convenzione stipulata in data 16.9.2010 tra l’Unione e il Politecnico di Milano non può costituire né un presupposto, né una giustificazione degli illegittimi affidamenti diretti all’arch. Franchi, in relazione ai quali occorre, dunque, trasmettere apposita segnalazione alla Procura della Corte dei Conti di Milano.

Infine, la rilevata legittimità della procedura trasfusa nella cooperazione determina l’infondatezza sia della domanda di dichiarazione d’inefficacia, sia di quella risarcitoria, quest’ultima, peraltro, nemmeno notificata alle parti costituite. In conclusione, il ricorso va parzialmente accolto, nei sensi espressi in motivazione.

Quanto alle spese processuali, ritiene il Collegio che, in considerazione della complessità delle questioni trattate e del complessivo esito del giudizio, sussistano giusti motivi per disporre l’integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I)
definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei sensi espressi in motivazione.

Spese compensate.

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

Manda alla Segreteria della Sezione di trasmettere copia della presente sentenza alla Procura della Corte dei Conti – sede di Milano.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Angelo Fanizza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/10/2013

IL SEGRETARIO

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