

sabato 3 ottobre 2009

OSSERVATORIO/ giurisdizioni  
di merito

Articoli - Quotidiano del: 29/01/2008

Appalti. L'attività di responsabile unico del procedimento non integra un servizio pubblico

(Tar Calabria, sezione seconda, sentenza n. 3/2008; depositata il 18 gennaio)

di

*Antonella Mascaro e Luigi Ciambrone\**

**La vicenda processuale.** L'Azienda sanitaria provinciale di Vibo Valentia, dovendo procedere alla costruzione del Nuovo Presidio Ospedaliero, conferiva incarico ad un tecnico affinché svolgesse le mansioni di responsabile unico del procedimento. Veniva indetta la gara di appalto, seguita e curata dal precitato professionista, e si posava la «prima pietra» dell'importante Opera Pubblica. A seguito di una indagine penale, avviata dalla Procura della Repubblica della città vibonese, denominata «Operazione Ricatto», l'A.S.P. – in persona del suo direttore generale – adottava, prima, una delibera di sospensione dall'incarico e, successivamente, la delibera di revoca con risoluzione del relativo contratto – convenzione stipulata con il professionista indagato. Ovviamente le precitate delibere erano state precedute da un regolare contraddittorio con il R.U.P. in fase di atto di avvio del procedimento amministrativo. L'A.S.P. di Vibo Valentia, quindi, avviava una selezione pubblica per titoli al fine di conferire l'incarico di R.U.P. per la costruzione del Nuovo Ospedale della città e dell'intera provincia.

Esperita la procedura veniva individuato un nuovo professionista che assumeva le relative funzioni. L'ex R.U.P. impugnava, innanzi al Tar calabrese, sia la delibera di revoca dell'incarico, sia il Bando di selezione per il conferimento dell'incarico mediante contratto di collaborazione coordinata e continuativa con relativa deliberazione. Con motivi aggiunti impugnava, inoltre, le deliberazioni dei verbali di selezione con relativa graduatoria finale nonché del contratto stipulato dall'A.S.P. con il nuovo R.U.P. L'Azienda sanitaria provinciale si costituiva in giudizio, a mezzo la scrivente difesa, eccependo – preliminarmente – il difetto di giurisdizione del giudice adito ed in subordine insisteva per il rigetto delle pretese (fra cui si annoverava la richiesta dell'ex RUP di ordinanza ingiunzione, immediatamente esecutiva, per Euro

500.000,00 ovvero un miliardo di lire del vecchio conio).

Il Tar calabrese, dopo aver respinto la sospensiva invocata nell'incidente cautelare (vedasi nostro intervento su Diritto & Giustizia del 28 febbraio 2007), fissava l'udienza pubblica di discussione del ricorso del 07 dicembre 2007 in cui le parti svolgevano le loro difese.

**La decisione.** Con sentenza resa pubblica in data 18 gennaio 2008 il Tar calabrese ha dichiarato il difetto di giurisdizione con dichiarazione di inammissibilità del ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti (il provvedimento è qui leggibile come documento correlato). La stessa difesa dell'A.S.P. di Vibo Valentia aveva rilevato che il ricorrente era stato scelto, dall'*ex management* dell'A.S.P., sulla base di un rapporto fiduciario e senza alcuna forma di selezione ovvero concorso. Si è posta in essere una convenzione con la quale la P.A. ha affidato al professionista l'esecuzione di un servizio (R.U.P.). Il processo di formazione della volontà dell'Ente ricade nel campo del diritto privato. In considerazione che l'*ex RUP* era stato scelto dall'*ex* Direttore Generale, direttamente e senza alcuna selezione con altri candidati, si è consumata una specie di «chiamata diretta». Si deve escludere, pertanto, che la procedura seguita per il conferimento di detto incarico di R.U.P. abbia natura di procedura concorsuale. Nella disciplina per il conferimento del precitato incarico, ancorché atipica, non si è avuta alcuna valutazione di *curricula*, nessuna attribuzione di punteggi o formazione di graduatorie, avendo messo in atto una cosiddetta «chiamata diretta» subordinata, ovviamente, alle capacità manageriali richieste in relazione alla natura dell'incarico da conferire. Tale valutazione, ovviamente, fu fatta dal solo Direttore Generale dell'epoca, il quale ha conferito l'incarico sulla base di una scelta di carattere essenzialmente fiduciaria, affidata alla sua responsabilità manageriale, art. 3, comma 1 *quater*, d.lg. n. 502 del 1992 e succ. mod. I suddetti principi sono, infine, confortati dalla decisione della Corte Costituzionale n. 196 del 2005, che ha rimarcato come, nella materia in esame, il riparto della giurisdizione debba essere operato sulla base della natura dell'atto di conferimento dell'incarico. In altri termini, la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa concerne esclusivamente le procedure concorsuali, strumentali alla costituzione del rapporto con la P.A.. Pertanto, apparteneva alla giurisdizione del Giudice Ordinario la cognizione della controversia (ovvero G.L. del Tribunale Civile di Vibo Valentia). L'attribuzione alla competenza del Giudice Amministrativo anche degli eventuali inadempimenti contrattuali, consistenti nella violazione delle clausole contenute nella relativa convenzione (anche in seguito alla sentenza della Consulta del 06 luglio 2004 n. 204) contrasterebbe con l'art. 103 della

Costituzione. Ciò che lamentava il ricorrente era la violazione delle clausole contrattuali, ed in ogni caso, le questioni dallo stesso poste atenevano alla fase dell'esecuzione del contratto (e come tale attratte dal Giudice Ordinario) e non alla sua formazione che, fra l'altro, non era avvenuta attraverso – lo si ribadisce – una procedura assimilabile a quella concorsuale (e, quindi, ancor di più attratta alla giurisdizione del Giudice Ordinario). La giurisprudenza delle Sezioni Unite (da ultimo Ordinanza n. 13538/06 depositata il 12 giugno 2006), in linea con la regola generale secondo cui, costituito il rapporto contrattuale, la fase inerente all'esecuzione in senso ampio attiene a questioni di diritto soggettivo, sottratte all'area della competenza del Giudice Amministrativo, anche esclusiva (vedasi per tutte, in tema di articolo 6, comma 1, legge 205/00, Cassazione Sez. Un. 20116/05), afferma la **giurisdizione ordinaria** sulla controversia relativa alla risoluzione anticipata, del contratto per inadempimento imputato al Direttore Generale (Cassazione Sez. Un. 14177/04). Nel caso dell'ex R.U.P., la ricognizione della normativa di settore comprovava ampiamente l'assenza di un procedimento di evidenza pubblica già nella fase di affidamento dell'incarico e, dunque, restava radicalmente esclusa la configurabilità di poteri amministrativi nella fase di esecuzione. Una diversa interpretazione, per come chiarito dalle Sezioni Unite, non sarebbe coerente con la scelta legislativa di assegnare al diritto privato la costituzione di rapporti di lavoro subordinato con dirigenti di vertice, non giustificandosi, fuori dalle ipotesi specificatamente previste dalla legge, l'attrazione nell'area dell'attività autoritativa del conferimento dello stesso incarico, mediante contratto di lavoro autonomo. L'incarico fiduciario al RUP fu conferito nell'esercizio di una attività di mero diritto privato, senza aver utilizzato una procedura concorrenziale secondo i crismi dell'evidenza pubblica, dunque senza aver utilizzato un'attività adeguatamente pubblicizzata e "procedimentalizzata". Il Tar calabrese, accogliendo la specifica eccezione, ha anche rilevato che: *«Consegue, quanto alla fase anteriore alla costituzione del rapporto privatistico di lavoro autonomo che, all'eventuale assenza di un formale procedimento amministrativo si riconnette una scelta del contraente anche essa permeata dai caratteri della vicenda soltanto privatistica, sì che i privati possono legittimamente invocare tutela delle proprie situazioni soggettive (quand'anche qualificabili non come diritti soggettivi perfetti, ma come interessi legittimi di diritto privato, così come avviene in tema di offerta o promessa al pubblico) dinanzi al giudice ordinario, restando la pubblica amministrazione soggetta ai soli principi di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost., in una scelta soggetta a valutazioni che ben potrebbero essere compiute*

*da un privato committente (così, Cass. S.U. 3 gennaio 2007, n. 4; Id. 3 luglio 2006, n. 15199)». I Giudici amministrativi calabresi hanno, inoltre, chiarito che : «Ed invero, da un lato, dopo la riscrittura da parte di C. Cost. n. 204/2004 della citata norma legislativa, la sfera della giurisdizione esclusiva sui servizi pubblici è stata enormemente ristretta, essendo ormai limitata ad ipotesi tipizzate, dall'altro l'attività di responsabile unico del procedimento non può integrare un servizio pubblico, non essendo caratterizzata dall'erogazione diretta di prestazioni per soddisfare bisogni di una platea di utenti (cfr. ex multis, C.d.S., sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6489)».*

Il Tar calabrese, quindi, ha ritenuto che l'attività di R.U.P. non integra un servizio pubblico in quanto la prestazione non soddisfa, direttamente, una platea di utenti. Un principio condivisibile e che si inserisce in un solco giurisprudenziale ben delineato che dovrebbe portare gli operatori del diritto ad individuare, più correttamente, il cosiddetto Giudice competente nella delicata materia.

*\*Avvocati*

[Indietro](#)