Pubblicato il 20/07/2022

N. 06324 /2022 REG.PROV.COLL.
N. 10190/2020 REG.RIC.

Firmato digitalmente

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10190 del 2020, proposto da

Comune di Bressanone, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Brocco e Nicola De Nigro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ordine degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Bolzano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giandomenico Pittelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Büro Andrè Heller Gmbh, non costituito in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Antonucci, con domicilio digitale come

da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G.G. Belli, 27;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - Sezione Autonoma della Provincia di Bolzano n. 298/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ordine degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Bolzano;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2022 il Cons. Giovanni Pascuzzi e uditi per le parti gli avvocati Roberto Brocco, Nicola De Nigro e Giandomenico Pittelli, anche in sostituzione dell'avv. Marco Antonucci;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso del 2020 l'Ordine degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Bolzano impugnava, davanti al Tribunale regionale di giustizia amministrativa, sezione autonoma di Bolzano, i seguenti provvedimenti:
a) deliberazione d'urgenza della Giunta comunale di Bressanone, n. 172 del 13.05.2020, con la quale è stato deciso «*di affidare alla società Büro André Heller GmbH… l'incarico per la realizzazione della rappresentazione artistica unica dell'artista André Heller presso il giardino vescovile di Bressanone, secondo l'offerta dalla stessa presentata di data 09/03/2020 e secondo l'exposè approvato con deliberazione del Consiglio comunale del 14.12.2017, n. 82*»;
b) per quanto occorrer debba, la deliberazione del Consiglio comunale n. 82 del 14.12.2017, avente ad oggetto «*Approvazione del nuovo concetto di massima per l'utilizzo pubblico del Giardino Vescovile - Revoca della propria deliberazione n. 123/2011*»;

c) il contratto eventualmente stipulato tra il Comune di Bressanone e la *Büro André Heller GmbH* per la realizzazione del Giardino Vescovile di Bressanone;

d) tutti i provvedimenti presupposti, conseguenti e comunque connessi con i provvedimenti impugnati.

1.1 Di seguito i fatti come sintetizzati nella sentenza di primo grado.

Nel 2013 si è svolto un concorso di progettazione internazionale, ai sensi dell'art. 99e ss. del d. lgs. n. 163/2006, per la sistemazione del Giardino Vescovile di Bressanone. Dei 94 concorrenti che vi avevano partecipato, era risultata vincitrice la ATI composta dallo Studio Freilich Landschaftsarchitekten-Paesaggisti e dallo Studio Höller&Klotzner Architekten-Architetti. La vincitrice veniva quindi incaricata di elaborare un progetto preliminare ed un progetto definitivo.

Come risulta dalle premesse della deliberazione del Consiglio comunale di Bressanone n. 82 del 14.12.2017, successivamente l'Amministrazione comunale, avendo contattato l'artista André Heller che aveva elaborato un exposé sulla base della sua idea di sistemazione del Giardino Vescovile, decideva di non dare ulteriore seguito al concorso, «*di approvare il concetto di massima del sig. André Heller e di chiedere alla Provincia di farsi carico della realizzazione del progetto per la sistemazione del Giardino Vescovile ai fini della sua fruizione pubblica quale iniziativa d'interesse provinciale e di intraprendere tutti i provvedimenti necessari al fine della sua realizzazione*». Questa decisione veniva modificata con deliberazione n. 80/2019 del Consiglio comunale nella parte relativa alla realizzazione del progetto, che non sarebbe più stato portato avanti dalla Provincia bensì dal Comune di Bressanone, il quale avrebbe intrapreso tutti i necessari passi per la progettazione e costruzione secondo il concetto di massima di André Heller.

Infine, con deliberazione d'urgenza della Giunta comunale di Bressanone n. 172 del 13.5.2020, veniva conferito al *Büro André Heller GmbH* l'incarico «per la realizzazione della rappresentazione artistica unica dell'artista André Heller presso il Giardino Vescovile di Bressanone …».

1.2 L'impugnativa avverso il provvedimento da ultimo richiamato, proposta

dall'Ordine degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Bolzano, si basava sui seguenti motivi:

I. Violazione dell'art. 25 della legge provinciale n. 16/2015 e dell'art. 63, comma 2, lett. b), punto 1), del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 32 della direttiva 2014/24/UE; violazione dell'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001. Eccesso di potere per violazione dei principi di concorrenzialità, per travisamento di fatti e per motivazione contraddittoria e illogica.

Si contestava il fatto che le prestazioni della società Heller potessero essere affidate direttamente a quest'ultima in quanto ricadenti nella previsione normativa secondo cui « *i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica*» (cfr. art. 25 della legge provinciale n. 16/2015 e art. 63, co. 2, lett. b), punto 1), del d.lgs. n. 50/2016).

II. Violazione dell'art. 18 della legge provinciale n. 16/2015 e degli artt. 23, 24, 46 e 152 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 52, co. 2, del r.d. n. 2537/1925. Eccesso di potere per violazione dei principi di concorrenzialità e per motivazione contraddittoria e illogica.

Si lamentava la violazione delle norme che prevedono una competenza esclusiva in capo ai prestatori di servizi di ingegneria e architettura in caso di progettazione di lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, paesaggistico e storico-artistico e per le quali prestazioni, peraltro, il Codice prevede il ricorso al concorso di progettazione o al concorso di idee.

2. Nel giudizio di primo grado si costituiva il Comune di Bressanone che sollevava le seguenti eccezioni:

- inammissibilità del ricorso in difetto di tempestiva impugnazione della deliberazione del Consiglio comunale n. 82 del 14.12.2017. Si sosteneva che tale atto (con cui si approvava il progetto di massima di André Heller, non impugnato)

fosse il presupposto dell'atto impugnato, di natura meramente esecutiva;

- inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione della delibera del Consiglio comunale n. 80 di data 18.12.2019. Si sosteneva che la mancata impugnativa di tale atto (con il quale era stato deliberato che il "progetto Heller" sarebbe stato realizzato direttamente dal Comune di Bressanone, non impugnato) rendeva inammissibile il ricorso contro la ridetta delibera 172/2020 meramente esecutiva;
- inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva ed interesse della ricorrente quale Ordine professionale degli Architetti;
- inammissibilità del ricorso in considerazione della discrezionalità della Pubblica Amministrazione.

Il Comune contestava poi la fondatezza nel merito dei motivi di ricorso.

3. Con sentenza n. 298/2020 il Tribunale regionale di giustizia amministrativa, sezione autonoma di Bolzano, ha accolto il ricorso annullando gli atti impugnati.

3.1 Per quel che riguarda le eccezioni sollevate dal Comune di Bressanone, il primo giudice ha ritenuto che:

- la deliberazione del Consiglio comunale n. 82/2017 non può essere considerata immediatamente lesiva dell'interesse (strumentale) della ricorrente ad un nuovo bando per la sistemazione del Giardino Vescovile, perché non risulta in nessun modo dalla delibera che fosse stato avviato un procedimento per l'affidamento del nuovo concetto di sistemazione di André Heller. Vi si afferma esplicitamente che i successivi passi progettuali sarebbero stati eseguiti dalla Provincia e che il Consiglio comunale avrebbe provveduto a rilasciare gli ulteriori provvedimenti;
- anche la seconda deliberazione del Consiglio comunale n. 80/2019 non può essere ritenuto atto essenziale precedente al bando perché con tale delibera veniva soltanto individuato il Comune di Bressanone (invece della Provincia, come previsto prima) come esecutore del progetto;
- la legittimazione ad agire in capo all'Ordine era manifesta in quanto lo stesso agiva a difesa degli interessi dei suoi iscritti.

3.2 Per quel che attiene il primo motivo di ricorso, in relazione al difetto dei

presupposti per esperire una procedura negoziata senza pubblicare il bando, il primo giudice ha ritenuto che:

- nella fattispecie in esame si tratta di un appalto pubblico di servizi, in quanto per lo svolgimento dell'incarico, accanto ad un lavoro di tipo prettamente intellettuale, è necessario anche disporre di una struttura organizzativa;
- l'affidamento diretto dell'incarico all'artista ovvero alla André Heller s.r.l. di sistemare il Giardino Vescovile si fonda, nella delibera n. 172/2020, sull'art. 32 della direttiva europea 2014/24/UE, sull'art. 63, comma 2 lettera b), punto 1, del d.lgs. n. 50/2016 e sull'art. 25 della legge provinciale n. 16/2015, che consentono l'affidamento diretto dell'incarico senza previa pubblicazione del bando di gara a condizione che la prestazione possa essere resa soltanto da un preciso operatore economico e che l'obiettivo dell'approvvigionamento sia o la creazione o l'acquisizione di un'opera d'arte unica o di una prestazione artistica unica;
- le stazioni appaltanti che ricorrono alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando devono preventivamente ed approfonditamente verificare se sussistono le specifiche condizioni e poi motivarle;
- la norma speciale è pertanto applicabile soltanto ai casi eccezionali, come quando la prestazione richiesta è infungibile e sussiste l'assoluta necessità di ricorrere a tale prestazione, sottraendosi alle regole generali dell'appalto, cosa che nel provvedimento deve essere puntualmente motivata in modo da legittimare l'Amministrazione all'applicazione di tale deroga.

3.3. Il primo giudice ha quindi ritenuto fondato anche il secondo motivo di ricorso con il quale si lamentava che i servizi di progettazione compresi nell'oggetto dell'incarico non avrebbero dovuto essere affidati all'artista ovvero alla sua società commerciale, trattandosi di prestazioni che necessitano di una formazione professionale qualificata e per il cui affidamento in ogni caso avrebbe dovuto essere esperita una procedura ad evidenza pubblica.

4. Avverso la sentenza del Tribunale ha proposto appello il Comune di Bressanone

per i motivi che saranno più avanti analizzati.

5. Si è costituito in giudizio l'Ordine degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Bolzano chiedendo il rigetto dell'appello.

6. Nel giudizio è intervenuto *ad opponendum* il Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori (C.N.A.P.P.C.), chiedendo il rigetto dell'appello.

7. Con ordinanza n. 856 del 22 febbraio 2021 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare ai soli fini di cui all'art. 55, comma 10, cod. proc. amm. (ferma restando, nelle more, l'esecutorietà della sentenza impugnata) fissando, per la discussione della causa nel merito, l'udienza pubblica del 20 maggio 2021.

8. All'udienza del 20 maggio 2021 la Sezione ha disposto alcuni incombenti istruttori (traduzione di atti di causa dal tedesco all'italiano).

9. All'udienza del 23 giugno 2022 l'appello è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. In ordine logico va preliminarmente esaminato il secondo motivo di appello con il quale si eccepisce: Inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva ed interesse della ricorrente in primo grado Ordine degli Architetti. *Error in iudicando*. Erronea interpretazione ed applicazione degli articoli 81 e 100 c.p.c.. Contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata.

L'appellante sostiene che il ricorso è inammissibile per difetto di legittimazione attiva dell'Ordine degli Architetti, dato che le prestazioni artistiche oggetto dell'incarico non rappresentano competenze degli Architetti, ai sensi della legge professionale e delle norme in materia di pubblici appalti.

Il motivo è infondato.

Gli ordini professionali sono legittimati a difendere in sede giurisdizionale gli interessi della categoria di soggetti di cui abbiano la rappresentanza istituzionale qualora si tratti della violazione di norme poste a tutela della professione stessa, o allorché si tratti comunque di conseguire determinati vantaggi - sia pure di carattere

strumentale - giuridicamente riferibili all'intera categoria (Cons. Stato, sez. IV, 04/05/2020, n. 2816).

Nella specie l'Ordine aveva la legittimazione ad agire per ottenere delle utilità a vantaggio dei propri iscritti, utilità rappresentate dalla astratta possibilità di partecipare in futuro ad una possibile nuova gara nell'ipotesi in cui siano posti nel nulla gli atti della cui legittimità si discute in questa sede.

1.1 Sempre in ordine logico va quindi affrontato il tema della ammissibilità dell'intervento *ad opponendum* espletato nel presente giudizio dal Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori. Il Comune di Bressanone ha eccepito l'inammissibilità di detto intervento.

L'intervento *ad opponendum* del Consiglio Nazionale degli Architetti deve essere effettivamente dichiarato inammissibile.

Come chiarito, *ex multis*, da Cons. Stato, sez. IV, 29/02/2016, n. 853, nel giudizio amministrativo, ai sensi dell'art. 28, comma 2, c.p.a, è, di norma, inammissibile l'intervento da parte del soggetto legittimato alla proposizione del ricorso autonomo poiché in contrasto con la regola secondo cui l'intervento *ad adiuvandum* ovvero *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale, e non anche da un soggetto portatore di un interesse che lo abilita a proporre ricorso in via principale; ed infatti sia nella previgente disciplina sia secondo il disposto di cui all'art. 28, comma 2, c.p.a., l'intervento nel processo amministrativo non è litisconsorzio autonomo, bensì adesivo dipendente, a sostegno delle ragioni di una o di altra parte, consentito a condizione che il soggetto, se legittimato, non sia decaduto dal diritto di impugnare il provvedimento amministrativo; sarebbe, infatti, inammissibile l'intervento ad opera del soggetto che sia comunque legittimato a proporre direttamente ricorso in via principale avverso il medesimo atto impugnato da terzi nel procedimento in cui ritiene di intervenire, eludendosi altrimenti il rispetto dei termini decadenziali individuati dalla legge.

Il Consiglio Nazionale degli Architetti avrebbe potuto proporre il ricorso in primo

grado in via principale agendo al fine di conseguire quelle utilità per i propri iscritti di cui si è parlato al punto precedente: per questa ragione non può oggi intervenire *ad opponendum*.

2. Il primo motivo di appello è rubricato: Inammissibilità del ricorso per omessa tempestiva impugnazione della deliberazione del Consiglio comunale n. 82 del 14.12.2017 e per omessa impugnazione della deliberazione del Consiglio comunale n. 80 del 18.12.2019. *Error in iudicando*. Erronea interpretazione ed applicazione degli articoli 29, 41, comma 2, c.p.a.. Violazione dell'articolo 34, comma 2, secondo periodo, c.p.a..

Si sostiene che con le deliberazioni del Consiglio comunale n. 82/2017 e n. 80/2019 è stato espressamente approvato il concetto/exposè artistico, anche in forma di piani generali, allegati anche al contratto, quali basi della futura progettazione architettonica dell'opera pubblica della nuova sistemazione del Giardino Vescovile. La scelta dell'artista nella persona di André Heller è quindi divenuta non più impugnabile, così come il concetto elaborato dallo stesso ed approvato. La deliberazione della Giunta comunale n. 172/2020 è quindi da ritenere mero atto esecutivo delle citate deliberazioni del Consiglio comunale, e la scelta dell'artista André Heller non può più essere messa in discussione.

Si sostiene che il primo giudice avrebbe violato anche il disposto dell'articolo 34, comma 2, secondo periodo, c.p.a., il quale dispone «*Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 30, comma 3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all' articolo 29*».

Il motivo è infondato.

Come affermato da Cons. Stato, sez. III, 10/11/2020, n. 6922, «*Secondo la giurisprudenza, la nozione di atto presupposto è fondata, in relazione ad atti di un unico procedimento o anche ad atti autonomi, sull'esistenza di un collegamento fra gli atti stessi, così stretto nel contenuto e negli effetti, da far ritenere che l'atto*

successivo sia emanazione diretta e necessaria di quello precedente, così che il primo è in concreto tanto condizionato dal secondo nella statuizione e nelle conseguenze da non potersene discostare. La dottrina, dal canto suo, ha osservato come la connessione di più provvedimenti amministrativi per presupposizione postuli un aspetto strutturale ed uno funzionale. Sotto l'aspetto strutturale, gli atti sono in una relazione di successione giuridica e cronologica, o di necessario concatenamento; l'atto presupposto non soltanto precede e prepara quello presupponente, ma ne è il sostegno esclusivo. Gli effetti del provvedimento pregiudiziale sono i fatti costitutivi del secondo, o meglio del relativo potere; vi è una consequenzialità necessaria tra i due provvedimenti, tale che l'esistenza e la validità di quello presupposto sono condizioni indispensabili affinché l'altro possa legittimamente esistere e produrre la propria efficacia giuridica. Sotto l'aspetto funzionale, poi, i più atti risultano preordinati alla realizzazione di un unico rapporto amministrativo, riguardano, cioè, un unico bene della vita; ciascun atto spiega da solo taluni effetti giuridici, ma soltanto congiuntamente all'altro dà vita al rapporto giuridico, che rappresenta l'oggetto dell'interesse pubblico considerato dai più poteri funzionalmente collegati».

Esiste un nesso di presupposizione tutte le volte in cui l’atto precedente costituisca il presupposto non solo necessario ma anche unico del provvedimento consequenziale. Un simile rapporto esiste quando l’atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente perché non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi, né del destinatario dell’atto presupposto, né di altri soggetti.

Ipotesi del tutto diversa si verifica quando l’atto successivo, pur facendo parte della stessa sequenza procedimentale in cui si colloca l’atto precedente, non ne costituisca conseguenza inevitabile, poiché la sua adozione implica nuove e ulteriori valutazioni di interessi (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 ottobre 2007, n. 5559).

Nella specie non esiste un rapporto di presupposizione necessaria tra l’atto impugnato e le due delibere di Consiglio comunale citate dall’appellante.

Con la delibera n. 82/2017 il Comune di Bressanone ha deliberato:

a) «*di non procedere con la realizzazione della proposta del team di progettazione Studio Freilich landschaftsarchitektur e Studio Höller&Klotzner Architekten per le motivazioni di cui alle premesse*»;

b) «*di approvare il concetto di massima del Sig. André Heller e di chiedere alla Provincia di farsi carico della realizzazione del progetto per la sistemazione del Giardino Vescovile ai fini della sua fruizione pubblica quale iniziativa d'interesse provinciale e di intraprendere tutti i provvedimenti necessari al fine della sua realizzazione*».

Con la delibera n. 80/2019 il Comune di Bressanone ha deliberato:

«*Di modificare la propria deliberazione n. 82 del 14.12.2017 avente ad oggetto l'approvazione del nuovo concetto di massima per l'utilizzo pubblico del Giardino Vescovile, dichiarando che il progetto non sarà portato avanti dalla Provincia bensì il Comune di Bressanone intraprenderà tutti i necessari passi per la sua progettazione e costruzione secondo il concetto presentato dal Signor André Heller*».

Appare evidente che con la delibera 82/2017 il Consiglio Comunale aveva adottato una mera deliberazione di massima che richiedeva altri "provvedimenti necessari alla sua realizzazione", a cominciare dall'individuazione del soggetto realizzatore che in un primo momento era stato individuato nella Provincia di Bolzano (nella delibera si dice che era intenzione del Comune chiedere alla Provincia di Bolzano di farsi carico della realizzazione del progetto).

Con la delibera 80/2019 questa intenzione muta: sarebbe stato lo stesso Comune a portare avanti il progetto e a tal fine avrebbe intrapreso tutti i passi necessari per la sua progettazione e costruzione secondo il concetto presentato da André Heller.

Alla luce di quanto esposto le delibere del Consiglio Comunale n. 82/2017 e n. 80/2019 non possono essere considerate il presupposto necessario e unico della delibera di Giunta municipale n. 172/2020, della cui legittimità qui si discute,

perché l'adozione di quest'ultima ha comportato nuove e ulteriori valutazioni di interessi. Basti pensare al fatto che la delibera di Consiglio comunale n. 82/2017 aveva approvato «*il concetto di massima del sig. André Heller*», mentre il provvedimento di Giunta municipale n. 172/2020 ha deliberato «*di affidare alla società Büro André Heller GmbH (FN 294596 f HG Wien), con sede in A 1010 Vienna, Franziskanerplatz 6/11, l'incarico per la realizzazione della rappresentazione artistica unica dell'artista André Heller presso il Giardino Vescovile di Bressanone, secondo l'offerta dalla stessa presentata di data 09/03/2020 e secondo l'exposè approvato con deliberazione del Consiglio comunale del 14/12/2017, n. 82*».

La nozione di «*concetto di massima*» e la nozione di «*realizzazione della rappresentazione artistica unica*» non coincidono e tale diversità prova la ulteriore e nuova valutazione di interessi che è stata operata. La delibera di G.M. n. 172/2020 non può essere considerata, come sostenuto dall'appellante, come meramente esecutiva delle delibere di C.C. n. 82/2017 e n. 80/2019.

In ogni caso, come correttamente rilevato dal primo giudice, le delibere da ultimo citate non avevano, nel momento in cui sono state emanate, alcun effetto immediatamente lesivo sugli interessi dell'Ordine degli Architetti.

3. Il terzo e il quarto motivo di appello possono essere esaminati congiuntamente.

Il terzo motivo di appello è rubricato: Inammissibilità del ricorso in considerazione della libera discrezionalità della Pubblica Amministrazione. *Error in iudicando*. Travisamento ed erronea valutazione dei fatti di causa e della documentazione processuale. Erronea interpretazione ed applicazione degli articoli 7 e 34, c.p.a..

Si sostiene che la scelta dell'artista e della relativa creazione artistica ricade nella discrezionalità dell'Amministrazione, poiché essa riguarda il merito dell'azione amministrativa e le relative norme di azione sono state rispettate.

Si sostiene, inoltre, che il Tribunale amministrativo ha violato anche la norma di cui all'articolo 34, comma 2, c.p.a. («*In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*»), dato che l'incarico

relativo alle prestazioni di progettazione, ai sensi degli articoli 23, d. lgs. 50/2016 e 8, l.p. 16/2015, non è ancora stato conferito.

Il quarto motivo di appello è rubricato: Accoglimento del primo motivo del ricorso di primo grado. *Error in iudicando*. Travisamento dei fatti di causa e della documentazione processuale. Erronea interpretazione ed applicazione degli articoli 25 della l.p. 16/2015, 63, comma 2, d.lgs. 50/2016, 32 della Direttiva europea 2014/24/EU, 7, comma 6, d.lgs. 165/2001. Violazione dell'articolo 34, comma 2, secondo periodo, c.p.a..

Si sostiene che il primo giudice ha travisato il contenuto degli atti impugnati. Oggetto dell'incarico di cui è causa non era la nuova sistemazione del Giardino Vescovile e la sua accessibilità pubblica in sé, ma l'esecuzione da parte della Giunta comunale della scelta già effettuata della sistemazione artistica del Giardino Vescovile "secondo André Heller". La prestazione infungibile è l'oggetto dell'incarico ad André Heller e non la sistemazione del Giardino Vescovile.

Si sostiene anche che il travisamento dei fatti emerge dalla statuizione della sentenza impugnata secondo la quale l'incarico oggetto di causa doveva essere bandito pubblicamente, poiché la sistemazione del Giardino Vescovile di per sé non rappresenta una prestazione infungibile.

I motivi sono fondati per quanto di ragione.

La delibera di Giunta municipale 172/2020, impugnata in primo grado, fa applicazione degli articoli 25 della legge provinciale 17 dicembre 2015, n. 16 e 63, comma 2, lettera b), punto 1), del d.lgs. 50/2016.

L'articolo 63 del d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) riconosce la possibilità di utilizzare la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico perché «*lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica*» (nella versione inglese dell'art. 32 della direttiva 2014/24/EU

l'espressione usata è: «*the aim of the procurement is the creation or acquisition of a unique work of art or artistic performance*»). Una analoga disposizione è contenuta, appunto, nell'art. 25 della legge della Provincia di Bolzano n. 16/2015.

Occorre quindi stabilire se l'idea di progetto elaborata da André Heller relativa alla riqualificazione dell'*Hofburggarten* di Bressanone rientri nella nozione di "creazione o acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica".

Nella perizia redatta da Enrico Nigris e depositata in atti si legge testualmente:

«*André Heller si propone di realizzare un insieme organico di spazi verdi, installazioni artistiche, opere di statuaria, terrazzamenti e modellazione del suolo. L'opera si caratterizzerà quindi come opera d'arte totale (Gesamtkunstwerk), vale a dire sintesi di materiali artistici differenti, scultura, arte dei giardini, musica, luci ecc. che l'Artista fonde alla ricerca di una nuova unità delle arti. L'Artista si colloca nell'alveo di importanti correnti artistiche del XX secolo, come la Land Art o la Environmental Art. Artisti quali Christo o Robert Smithson abbandonano le forme e i media tradizionali, come la pittura, ed esplorano nuovi percorsi di ricerca artistica. Nelle loro mani l'opera d'arte diventa site specific, elaborata in un rapporto inscindibile con contesti naturali quali una landa deserta o una spiaggia marina, oppure inserita in uno spazio urbano come un giardino, una strada o un parcheggio. Le superfici sono frequentemente di grande o grandissima dimensione.*

Un'opera site specific è progettata per un luogo specifico, se rimossa da quel luogo perde in tutto o in parte il suo significato. L'espressione site specific viene spesso utilizzata in relazione a quelle manifestazioni artistiche che operano attraverso delle installazioni realizzate in stretta e necessaria relazione con il luogo in cui prendono forma. Talune caratteristiche conformazioni del sito, naturali o antropiche, diventano esse stesse parte dell'opera, che come artefatto scaturisce dal dialogo tra ciò che preesisteva all'intervento dell'artista e ciò che di originale è stato introdotto in quello spazio.

André Heller, nato a Vienna nel 1947, è annoverato tra gli artisti multimediali più

influenti e di successo nel mondo. Le sue realizzazioni includono opere artistiche per giardini, wunderkammern, processioni, milioni di dischi venduti in veste di cantautore di proprie canzoni, concerti e conferenze in Europa, Asia e Nordamerica, grandi sculture volanti e galleggianti, film, spettacoli pirotecnici e labirinti, il rinnovamento di circhi e di varietà, nonché opere teatrali e show che hanno raggiunto il pubblico da Broadway al Burgtheater di Vienna, in India come in Cina, in Sudamerica come in Africa, progettista di musei e parchi tematici.

Nel progetto per Bressanone delle varie espressioni dell'arte site specific, la proposta di André Heller coglie molti dei tratti caratterizzanti i movimenti artistici che a vario titolo ne esprimono la complessità di significati e le diverse sfumature di contenuto: il rapporto con il contesto; l'attenzione alla molteplicità di scale (grande/piccolo) che gli spazi urbani offrono allo sguardo del visitatore attento; l'"ars combinatoria" di materiali diversi; un'espressione artistica che "parla" più linguaggi in contemporanea; la varietà dei materiali utilizzati; l'arte come esperienza, ricerca, scoperta, radicamento; l'attenzione allo spazio come condizione di equilibrio tra socialità e individualità; la presenza fisica dell'osservatore come strumento per costruire relazioni tra il "dentro" e il "fuori" dell'opera».

Alla luce di quanto esposto non è revocabile in dubbio il fatto che il progetto di André Heller costituisca un'opera d'arte rilevante ai fini dell'applicabilità dell'art. 63 del d. lgs. 50/2016., anche se un'opera d'arte del tutto peculiare.

A mente dell'articolo 2575 del codice civile formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione. Secondo l'articolo 1 della legge 633/1941 («*Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*») sono protette le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al

teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.

Il carattere creativo necessario per la tutelabilità di un'opera dell'ingegno implica la novità e l'originalità, ancorché relative, dell'opera e consiste nell'individualità della rappresentazione, ossia nell'idoneità dell'opera ad esprimere in modo personale un sentimento, un'idea, un fatto. Elemento caratteristico dell'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore è la funzione tipica di stimolo a reazioni emotive nel percipiente.

L'articolo 2 della legge 633/1941 contiene un elenco (non tassativo, come si dirà) delle opere protette dal diritto d'autore tra cui:

a) le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia;

b) i disegni e le opere dell'architettura;

c) le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico.

L'opera di André Heller presenta tratti comuni con le tipologie di opere citate ma non è incasellabile in nessuna di esse: non è un'opera appartenente alle cosiddette "arti figurative" anche se la scenografia e la rappresentazione hanno un ruolo significativo in essa; non è un mero disegno o un'opera dell'architettura perché queste ultime riguardano di regola edifici; non è certamente un'opera del disegno industriale pur avendo carattere creativo e valore artistico.

Come si è detto, l'elenco di cui all'art. 2 della l. 633/1941 non è tassativo ma meramente esemplificativo (Cassazione civile, sez. I, 19/07/1990, n. 7397): pur non rientrando l'opera di André Heller tra quelle elencate nella norma citata essa ha tutte le caratteristiche dell'opera d'arte. È frutto dell'ingegno umano, è originale, è nuova, ha valore artistico, mira a suscitare e comunicare emozioni. Tecnicamente può essere considerata come un'opera composta perché è la risultante della combinazione attuata da più forme diverse dell'attività creativa le quali, pur potendo conservare una propria autonomia ontologica e funzionale, concorrono a formare le parti costitutive di una nuova opera con una sua autonoma e definita

individualità.

Proprio il fatto che l'opera di Heller non sia immediatamente riconducibile alla elencazione esemplificatoria contenuta nell'art. 2 della l. 633/1941 è una prova indiretta della sua assoluta unicità (ed al concetto di unicità fa riferimento l'art. 63 del d. lgs. 50/2016).

D'altronde il riconoscimento del "valore artistico" ad un'opera non può che derivare (almeno inizialmente) da una valutazione fatta dalla comunità degli appassionati, esperti dei singoli rami dell'arte, i quali molto spesso fanno da "apripista" al riconoscimento poi attribuito dalla collettività dei cittadini. L'attribuzione ad un'opera del valore di "opera d'arte" (come la storia insegna) agli inizi è molto spesso il frutto di un giudizio di persone di cultura, particolarmente competenti sia dello specifico ramo artistico, sia delle correnti socioculturali alle quali l'artista si ispira e delle quali l'opera è espressione. Ciò si verifica soprattutto quando un'opera rompe gli schemi e i canoni in precedenza seguiti e, di conseguenza, non compresi dalla massa del pubblico, ma apprezzati da critici illuminati. Posto l'apprezzamento che le opere di Heller riscuotono nel mondo, non si può non riconoscere che ad esse, dalla comunità dei critici e dalle persone culturalmente competenti del ramo (nonché di gusto raffinato), sia stato attribuito il valore di "opera d'arte".

Alla luce delle considerazioni esposte si può ritenere che:

- il progetto di André Heller costituisce un'opera d'arte per la quale il Comune di Bressanone ben poteva ricorrere alla procedura prevista dall'art. 63 del d. lgs. 50/2016;
- contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice, nella specie non ci si trova di fronte ad un appalto pubblico di servizi ma all'acquisizione di un'opera d'arte unica che può essere acquistata esclusivamente dall'artista che ne è autore; se si fosse trattato di un quadro di Caravaggio nessuno avrebbe dubitato della possibilità di ricorrere ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara; possono sorgere problemi quando ci si trova di fronte a forme d'arte

innovative: ma, una volta chiarito che il progetto di André Heller costituisce un'opera d'arte, le conseguenze vengono da sé.

4. Il quinto motivo di appello è rubricato: Accoglimento del secondo motivo di ricorso di primo grado. *Error in iudicando*. Travisamento ed erronea valutazione dei fatti di causa e della documentazione processuale. Erronea interpretazione ed applicazione degli articoli 18 della l.p. 16/2015, 23, 24, 46, 152 e seguenti, d.lgs. 50/2016, 25, l.p. 16/2015, 63, comma 2, d.lgs. 50/2016, 32 della Direttiva Europea 2014/24/EU, art. 7, comma 6, d.lgs. 165/2001, 52, comma 2, r.d. 2537/1925.

L'appellante sostiene che vi è un travisamento dei fatti e dei documenti di causa nel punto 1.2. della sentenza impugnata, nella quale il primo giudice (argomentando, ad esempio, ex art. 25 della legge provinciale 16/2015) afferma che l'Amministrazione avrebbe dovuto motivare il ricorso alla procedura negoziale senza previa pubblicazione al fine di dare pubblicità al procedimento e di spiegare i motivi in base ai quali l'Amministrazione aggiudicatrice riteneva che per la relativa gara vi fosse un unico operatore economico.

Il motivo è fondato.

Contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice, l'Amministrazione ha correttamente motivato le ragioni della scelta. D'altronde se è vero che il considerando n. 50 della direttiva 2014/24/UE così si esprime: «*Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'Amministrazione aggiudicatrice, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto*», è altrettanto vero che il medesimo considerando n. 50 così testualmente prosegue: «*Ciò vale per le opere d'arte, in quanto l'identità dell'artista determina intrinsecamente il*

carattere e valore unico dell'opera d'arte stessa». L'opera d'arte è il caso tipico nel quale si può ricorrere a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara. Una volta deciso di acquisire un'opera d'arte, la motivazione relativa alla scelta della procedura negoziata è implicita. C'è un solo artista che può fornire quell'opera che presenta i caratteri dell'unicità: nello scenario descritto non ha pregio invocare una ricerca di mercato.

5. Quanto esposto è idoneo a dimostrare l'infondatezza delle argomentazioni prospettate dall'Ordine degli Architetti.

Di seguito vengono esaminate in estrema sintesi.

Sostiene l'Ordine che punto centrale è la prestazione progettuale avente ad oggetto la risistemazione e riqualificazione del Giardino Vescovile e la questione giuridica attiene alla valutazione della infungibilità o meno di una tale prestazione. La domanda da porsi in tal senso è semplice: il sig. André Heller è l'unico ad essere in grado di riqualificare il giardino storico del Palazzo Vescovile? Ovvero è l'unico ad essere in grado di riqualificare giardini storici?

Ma non è questo il punto centrale. Sarebbe come chiedere se un soggetto sia l'unico a saper dipingere un quadro o a saper progettare la cupola di una Chiesa. Del resto, come ricorda l'Ordine, era stato espletato il concorso di idee per ottenere appunto delle idee su come risistemare il Giardino Vescovile. Ma la prospettiva cambia nel momento in cui l'Amministrazione ha deciso di scegliere una specifica opera d'arte: a quel punto non poteva che rivolgersi al suo autore. L'infungibilità della prestazione va valutata rispetto a quest'ultimo aspetto.

L'Ordine sostiene che la delibera ANAC 548/2021 darebbe fondamento alle proprie tesi.

L'affermazione non è condivisibile. Il caso che aveva dato origine a quel pronunciamento riguardava l'affidamento ad uno specifico architetto della progettazione di un intervento di recupero e riqualificazione edilizia. In quanto tale esso non è assimilabile alla fattispecie di cui si discute in questo giudizio. André

Heller non è un architetto. Acquista rilevanza il suo essere esponente della *Environmental Art*.

Si chiede l'Ordine se si possa parlare di una prestazione infungibile di un artista, laddove la prestazione non viene eseguita soltanto da lui, ma anche da collaboratori vari che si dovranno occupare di "disegni tecnici, documentazione tecnica ecc.".

Anche questo argomento è infondato. La Cappella degli Scrovegni, a Padova, è universalmente considerata il capolavoro di Giotto e nessuno dubita che egli ne sia l'unico autore. Cionondimeno alla realizzazione di quell'opera collaborarono centinaia di persone (si pensi alla sistemazione dei muri, alla preparazione dei colori e così via) che lavoravano seguendo le indicazioni del Maestro. *Mutatis mutandis* la stessa cosa vale per l'opera di Heller: essa è un unicum, ma la sua complessità richiede che tante persone collaborino alla sua realizzazione. Ci si riferisce, ovviamente, all'opera in sé considerata, perché in ogni caso dal contratto stipulato tra il Comune e l'artista «*Sono espressamente escluse le prestazioni relative alla progettazione tecnica di dettaglio, alla progettazione di dettaglio del giardino ed all'esecuzione, alle diverse prestazioni di progettazione ed ai calcoli tecnici (come quelle relative all'irrigazione, l'illuminazione, le installazioni, gli impianti e gli edifici), alla direzione dei lavori)*».

Sostiene l'Ordine degli Architetti che la società Heller è stata incaricata di svolgere prestazioni di natura progettuale.

Anche questa prospettazione è infondata. La natura dell'opera (su cui ci si è a lungo soffermati) comprende la convergenza di molte "arti" diverse. Proprio in tale convergenza c'è il valore aggiunto. Possono esistere parti che richiedono una progettazione. Ma ciò a cui bisogna guardare è l'opera nel suo insieme e nella sua unicità, unicità che solo l'estro dell'artista può garantire.

L'Ordine cita la sentenza di questo Consiglio di Stato n. 5766/2007 per sostenere che la prestazione deve essere oggettivamente eseguibile solo da un operatore e che tale unicità deve preesistere («*l'unicità dev'essere certa prima di addivenire a trattativa privata, e l'eventuale indagine di mercato, richiesta, può avere solo la*

finalità di acquisire la certezza di tale unicità o di escluderla»). Ma detta pronuncia (emessa, peraltro, sulla base di una normativa previgente) riguarda le ipotesi in cui si può ricorrere a trattativa privata. Il caso di specie, per le ragioni più volte esposte, è diverso trattandosi dell'acquisizione di un'opera d'arte di natura del tutto particolare.

6. Per le ragioni esposte, dichiarata l'inammissibilità dell'intervento *ad opponendum* del Consiglio Nazionale degli Architetti, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso proposto in primo grado.

Sussistono ragioni per compensare del tutto le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- dichiara inammissibile l'intervento *ad opponendum* del Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori;
- accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado.

Dichiara compensate per intero tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Dario Simeoli, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere, Estensore

Ulrike Lobis, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pascuzzi

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO