T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I, Sent., 27/06/2016, n. 236

Fatto Diritto P.Q.M.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo
sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)
ha pronunciato la presente
SENTENZA
sul ricorso numero di registro generale 374 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Università Telematica Pegaso, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Di Giandomenico, Rita Ricciardi, con domicilio eletto presso Aurum in Pescara, largo Gardone Riviera;
contro
- Universita' degli Studi di Chieti-Pescara G. D'Annunzio, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale, domiciliata in L'Aquila, Via Buccio di Ranallo C/ S.Domenico; - Fondazione Universitaria Gabriele D'Annunzio, rappresentata e difesa dall'avv. Gioia Vaccari, con domicilio eletto presso Tar Pescara Segreteria in Pescara, Via Lo Feudo 1;
- Università Telematica "L. Da Vinci" - Unidav;
e con l'intervento di
ad opponendum:
- Universita' StredoEuropska Visoka' Skola V Skalici, rappresentata e difesa dagli avv. Umberto Cantelli, Michele (St.Leone) Bonetti, Santi Delia, con domicilio eletto presso Tar Pescara Segreteria in Pescara, Via Lo Feudo 1;
- Associazione M.M., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Napolitano, con domicilio eletto presso Tar Pescara Segreteria in Pescara, Via Lo Feudo 1;
per l'annullamento
dell'avviso pubblico del 6 novembre 2015 della Fondazione Universitaria "G. D'Annunzio", per la selezione di un partecipante istituzionale della Fondazione ai fini della nomina di una rappresentanza maggioritaria nel consiglio di amministrazione dell'Università Telematica "Leonardo da Vinci"; della delibera del C.D.A. dell'Università degli Studi di Chieti-Pescara del 1 luglio 2015; della delibera del Consiglio di Amministrazione della Fondazione del 1 ottobre 2015; nonché dell'aggiudicazione definitiva e del contratto stipulato in data 31 marzo 2016.
Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Chieti-Pescara G. D'Annunzio e della Fondazione Universitaria Gabriele D'Annunzio;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2016 il dott. Massimiliano Balloriani e uditi l'avv. Massimo Cirulli, su delega dell'avv. Rita Ricciardi, e l'avv. Giovanni Di Giandomenico per l'Università Telematica Pegaso ricorrente, l'avv. distrettuale dello Stato Anna Buscemi, presente solo nei preliminari, per l'Università G. D'Annunzio resistente, l'avv. Maurizia Larcinese, su delega dell'avv. Gioia Vaccari, per la Fondazione Universitaria G. D'Annunzio e l'avv. Santi Delia per l'Università interveniente;

Svolgimento del processo

1. - La ricorrente impugna l'avviso pubblicato dalla Fondazione Universitaria "G. D'Annunzio" per la selezione di un "soggetto interessato ad assumere la qualifica di Partecipante Istituzionale della Fondazione ai fini della nomina di una rappresentanza nel Consiglio di Amministrazione dell'Università Telematica "Leonardo da Vinci", con partecipazione maggioritaria"; avviso pubblicato in data 6 novembre 2015 dalla Fondazione medesima sul proprio sito e su quello dell'Ateneo telematico.
Come è dato leggere anche nel bando in questione "L'Università Telematica, è stataistituita con *Decreto Ministeriale del 27/10/2004* su impulso dell'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara e per iniziativa della Fondazione Università "G.d'Annunzio"".
Tale avviso pubblico, si legge nelle premesse, trova la propria ragione ai sensi dell'art. 6, comma 1, dello Statuto della Fondazione Università "G. d'Annunzio", secondo cui "Possono assumere la qualifica di partecipante istituzionale, previo gradimento della Fondazione e dell'Università, enti, amministrazioni pubbliche, persone giuridiche, fisiche, singole o associate che, condividendo le finalità della Fondazione, partecipano alla realizzazione dei suoi scopi mediante contributi in denaro annuali o pluriennali , in attività o beni materiali e immateriali, in misura non inferiore a quella stabilita, anche annualmente, dal Consiglio di Amministrazione della Fondazione. I Partecipanti Istituzionali possono essere coinvolti dal Consiglio di Amministrazione nella gestione delle eventuali articolazioni interne della Fondazione e nel raggiungimento degli obiettivi specificatamente finanziati. La qualifica di Partecipante Istituzionale dura per tutto il periodo per il quale il contributo è stato regolarmente versato ovvero la prestazione regolarmente eseguita"; nonché ai sensi dell'art. 11, comma 2, dello Statuto dell'Ateneo medesimo, secondo cui "Il Consiglio di Amministrazione dell'Università Telematica "Leonardo da Vinci" può essere integrato da Partecipanti Istituzionali della Fondazione Università "G. d'Annunzio" - mediante formula di gradimento - che contribuiscano, con mezzi e risorse ritenuti congrui dallo stesso Consiglio di Amministrazione, alla realizzazione delle finalità dell'Ateneo".
La ricorrente dubita della legittimità di tale affidamento ad un privato della gestione di un "organismo di diritto pubblico" in cambio di denaro, che snaturerebbe nei fatti la natura pubblica dell'Ente con conseguente assenza o comunque illiceità della causa negoziale.

Copyright 2016 Wolters Kluwer Italia Srl - Tutti i diritti riservati

Lamenta sotto vari profili inoltre la indeterminatezza dell'oggetto del rapporto che si mira ad instaurare con il partecipante istituzionale così selezionato, quali: la destinazione precisa delle somme che si chiedono in cambio della partecipazione (se cioè saranno destinate alla fondazione, all'Università D'Annunzio o alla Università telematica); se potranno essere ammessi anche altri partecipanti istituzionali in un secondo tempo; i limiti e criteri che saranno utilizzati dalla Fondazione e dall'Università D'Annunzio per esprimere il proprio gradimento.
Rileva poi il contrasto del bando impugnato, ove prevede la partecipazione maggioritaria, con l'articolo 6 comma 1 dello statuto della Fondazione, secondo cui i partecipanti possono essere "coinvolti" nel consiglio di amministrazione e la partecipazione istituzionale dura per tutto il periodo in cui il contributo è stato regolarmente versato, e l'articolo 11 comma 2 di quello dell'Università Telematica, secondo cui il suo consiglio di amministrazione può essere "integrato" con partecipanti istituzionali della Fondazione.
La ricorrente inoltre censura la previsione dell'avviso in questione, secondo cui sono esclusi soggetti in situazione di conflitto di interesse, ed in particolare si concentra sull'interpretazione di tale clausola fornita dalla Fondazione in risposta ad un preciso quesito, vale a dire quella secondo cui sarebbero esclusi soggetti in situazione di concorrenza con l'ateneo telematico.
L'Università Pegaso ritiene che una tale previsione, che può essere idonea ad escludere la partecipazione di concorrenti come essa stessa, sia irragionevole perché chi investe una somma cosi considerevole non avrebbe alcun interesse ad una cattiva gestione, senza contare il danno all'immagine che ne riceverebbe e la circostanza che la selezione si basa pur sempre su di un progetto di rilancio elaborato dagli stessi candidati.
Pur essendo stato scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, inoltre, vi sarebbe sproporzione del peso attribuito all'elemento prezzo e al suo versamento in unica soluzione, rispetto all'offerta tecnica (50 punti per l'elemento prezzo e 25 per l'offerta tecnica da valutare in relazione al piano di rilancio), e per di più i criteri per l'attribuzione dei punteggi sarebbero vaghi e indeterminati.
Vi sarebbe infine una commistione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e quelli oggettivi di valutazione delle offerte, atteso che il punteggio di 25 punti sarebbe assegnato sulla base della dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante le competenze del partecipante e la valutazione dei bilanci degli ultimi tre esercizi, richiesti pure quali requisiti di ammissione.
Con ordinanza n. 8 del 2016 il Tar adito ha accolto l'istanza cautelare, "considerato che, ad un primo esame, tipico della presente fase cautelare, appare prevalente l'esigenza dei mantenere la res adhuc integra nelle more della decisione nel merito, ove potranno essere meglio approfondite e chiarite sia le questioni in ordine alla natura giuridica dell'operazione e dei soggetti in essa coinvolti, con le conseguenti ricadute anche in rito, sia in ordine alla possibilità della fondazione dell'Università G. d'Annunzio di cedere la partecipazione nell'Università telematica ad una maggioranza privata"; e ha fissato l'ulteriore trattazione all'udienza del 10 aprile 2016.
Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 687 del 26 febbraio 2016, ha riformato la pronuncia di primo grado, affermato "che il ricorso per il quale è stata emanata l'ordinanza qui appellata è fissato per l'udienza del I aprile 2016 innanzi al giudice di primo grado, cosicché l'eventuale sentenza di accoglimento sarà pienamente satisfattiva, anche dal punto di vista temporale, degli interessi dell'Università ricorrente in primo grado".
Nelle more della discussione, tuttavia, l'Amministrazione ha adottato ulteriori provvedimenti, cosicchè con successivi motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva e il contratto stipulato tra la Università "StredoEuropska Visoka Skola v Skalici" e la Fondazione Universitaria "G. D'Annunzio".
Tra le ulteriori censure, viene evidenziato che la vendita della governance apparirebbe in contrasto sia con la causa non lucrativa del tipo associativo sia con i principi generali in materia di enti pubblici non economici; si esprimono poi dubbi sulla legittimità della previsione secondo cui i pagamenti dovuti dai candidati all'atto di acquisizione dello status di partecipante istituzionale sono incamerati al patrimonio della fondazione e non a quello dell'Università telematica, e quindi non sarebbero finalizzati esclusivamente alla realizzazione degli scopi di quest'ultima.
In tal modo inoltre si realizzerebbe anche un privatizzazione dell'Università telematica, senza autorizzazione ministeriale.
Con tale operazione, in sostanza, verrebbe illegittimamente alterata la concorrenza, con conseguente legittimazione della ricorrente, che opera in quel mercato, in cui peraltro vi sarebbe un numero chiuso di operatori, non potendo essere istituite nuove università telematiche.
All'udienza del 20 maggio 2016 la causa è passata in decisione.

Motivi della decisione

Preliminarmente occorre farsi carico dell'esame delle eccezioni in rito.
La difesa della controinteressata Università "StredoEuropska Visoka Skola v Skalici" ha eccepito che l'udienza è stata fissata in violazione dei termini di rito con riferimento ai motivi aggiunti; e che inoltre questi ultimi non sono stati notificati ai soggetti nominati nel consiglio di amministrazione.
A tal fine il Collegio, rilevando l'utilità di una decisione non definitiva immediata anche in ragione dell'intreccio tra le altre questioni di rito e di merito, ritiene di doversi pronunciare con sentenza non definitiva sul ricorso introduttivo, fissando un ulteriore udienza pubblica per la trattazione dei motivi aggiunti, e per la verifica anche documentale, in quella sede, della necessità o meno di integrare il contraddittorio sui medesimi motivi aggiunti.
Peraltro, è appena il caso di rilevare che è pacificamente ammessa in giurisprudenza la possibilità di pronunciarsi con sentenza non definitiva sul ricorso principale rinviando la decisione sui motivi aggiunti (cfr. Tar Lazio, sentenza non definitiva n. 4104 del 2015; e sentenza definitiva n. 3601 del 2016; Tar Lazio, sentenza non definitiva n. 2525 del 2016; Tar Reggio Calabria sentenza non definitiva n. 619 del 2013).
Occorre quindi valutare sempre in rito se occorra sospendere il giudizio, a seguito della produzione da parte della controinteressata del ricorso in Cassazione per regolamento preventivo di giurisdizione.

Copyright 2016 Wolters Kluwer Italia Srl - Tutti i diritti riservati

Come noto, in virtù *dell'articolo 367 c.p.c.* (cui rinvia l'articolo 9 comma 1 cpa), nel testo novellato dalla *L. 26 novembre 1990, n. 353* , non v'è più l'obbligo di sospendere il giudizio per effetto della sola presentazione del ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, essendo invece rimessa al giudice a quo la decisione sulla sospensione, e ciò al fine di evitare un uso distorto e dilatorio del regolamento stesso (Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 3694 del 2009); la sospensione del processo dipende quindi da una valutazione del giudice di merito circa la non manifesta inammissibilità o la non manifesta infondatezza dell'istanza, da compiersi a seguito di una previa sommaria delibazione della domanda e della documentazione versata in atti (cfr. Cassazione SS.UU. sentenza n. 10089 del 2001; Consiglio di Stato, sentenza n. 3359 del 2001; Tar Lazio, sentenza n. 4982 del 2011).
Nel caso di specie, ai menzionati effetti di cui *all'articolo 367 c.p.c.* , il Collegio rileva che il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione qui prodotto è innanzitutto manifestamente inammissibile, atteso che non è sottoscritto da un procuratore munito di procura speciale (cfr. Cassazione, sentenza n. 8371 del 2006).
Inoltre, lo stesso si presenta anche manifestamente infondato, atteso che appare evidente che non v'è difetto di giurisdizione del giudice adito, poichè si verte in materia di atti inerenti la costituzione o modificazione di soggetti a partecipazione pubblico-privata (cfr. Cassazione s.u. sentenza n. 21588 del 2013); e inoltre, ai sensi dell'articolo 7 del c.p.a., si tratta di atti che sono adottati, come meglio si evidenzierà nel prosieguo, nell'ambito di poteri pubblici gestionali ed organizzativi demandati alla Fondazione da parte dell'Università pubblica G.D'Annunzio, per il tramite di una convenzione di diritto pubblico (ex *articoli 11 e 15 della L. n. 241 del 1990*) (cfr. gli articoli 1 e 3 della convenzione tra l'Università e la Fondazione: "La Fondazione opera nell'esclusivo interesse dell'Università ed in piena sinergia con la medesima, in base alle linee guida da quest'ultima formulate e recepite dalla Fondazione"..."La Fondazione può istituire, ai sensi e per gli effetti del D.I. 17 aprile 2003, autonome iniziative didattiche telematiche, complementari all'offerta formativa in essere nell'Università"). Il ricorso è, inoltre, diretto anche avverso la deliberazione del C.D.A. dell'Università degli Studi di Chieti-Pescara del 1 luglio 2015.
Per tali ragioni il Collegio ritiene di non sospendere il giudizio.
Inoltre, si rileva che non si applica il rito speciale in materia di appalti, atteso che, come pure emergerà nel corso della presente trattazione, non si verte in alcuna delle ipotesi di cui all'art. 120 cpa, che riguarda "Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture"; mentre il caso di specie riguarda un cd. contratto attivo per la pubblica Amministrazione.
Sono quindi infondate anche le eccezioni in rito riguardanti la violazione dei termini previsi da tale disciplina speciale.
V'è poi interesse della ricorrente a gravare gli atti impugnati, atteso che con essi, come si illustrerà meglio più avanti, viene favorito un soggetto privato che viene legittimato ad entrare in un mercato concorrenziale chiuso, giovandosi del potere di maggioranza nella governance di un Ateneo costituito da un Fondazione di partecipazione di un Ente pubblico; sicchè quello che la medesima ricorrente lamenta è sostanzialmente la violazione, in vantaggio di un proprio concorrente, delle regole di un settore nel quale essa stessa opera.
La parte ricorrente poi non era affatto onerata ad impugnare nei termini lo statuto della Fondazione né quello di Unidav, che di certo non impongono (ma anzi escludono, come pure si vedrà più avanti) la scelta cui è viceversa pervenuta la Fondazione stessa con il bando impugnato.
A ciò si aggiunga che il bando è il primo atto con effetti esterni che ha radicato l'interesse all'impugnazione da parte della ricorrente, sicchè il Collegio non ravvisa preclusioni di sorta dalla mancata tempestiva impugnazione di provvedimenti presupposti.
2. - Il ricorso nel merito è fondato, nei termini di seguito illustrati.
2.1. - Come si legge nel suo statuto, l'Università Leonardo da Vinci (di seguito anche Unidav) è stata istituita ai sensi del decreto del Ministero dell'istruzione dell'Università e della ricerca (di concerto con il Ministero per l'innovazione e le tecnologie) n. 17877 del 17 aprile 2003 (recante criteri e procedure di accreditamento delle Università telematiche) e della *L. 27 dicembre 2002, n. 289* (cfr. l'articolo 26 comma 5); ha autonoma personalità giuridica; ha come proprio fine istituzionale lo svolgimento di corsi universitari a distanza, ai sensi del regolamento di cui al *D.M. n. 509 del 03 novembre 1999* e successive modificazioni, nonché il rilascio dei titoli accademici ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 7 del D.I. del 17 aprile 2003; ha appunto un proprio consiglio di amministrazione che nomina anche il Rettore, coadiuvato dal direttore generale; si tratta in sostanza di un'Università a tutti gli effetti, che rilascia titoli di studio e ha posti di ruolo di ricercatori e professori.
Sempre secondo lo statuto dell'Unidav, il Consiglio di Amministrazione è composto: a) dal Presidente della Fondazione "Università Gabriele d'Annunzio", che lo presiede; b) dal Rettore; c) da due professori di ruolo dell'Università degli Studi "Gabriele d'Annunzio", designati dal Consiglio di Amministrazione della Fondazione previa autorizzazione dell'Università; d) dai due componenti scelti dal Consiglio di Amministrazione dell'Università degli Studi "Gabriele d'Annunzio"; e) da un rappresentante del MIUR; f) dal Direttore Generale.
Inoltre, "il Consiglio di Amministrazione può essere integrato da partecipanti istituzionali della Fondazione - mediante la formula del gradimento - che contribuiscano, con mezzi e risorse ritenuti congrui dallo stesso Consiglio di Amministrazione, alla realizzazione delle finalità dell'Ateneo".
Il Consiglio di amministrazione gestisce tutti gli aspetti fondamentali dell'attività istituzionale dell'Ateneo: "Il Consiglio di Amministrazione programma e coordina le attività dell'Ateneo ed in
particolare delibera in merito a: a) nomina del Rettore; b) adozione della Carta dei Servizi; c) adozione dello schema di contratto da stipulare con ciascuno studente iscritto, per l'adesione ai servizi erogati dall'Ateneo e con espressa previsione delle garanzie mediante le quali lo studente contraente assume il diritto al completamento del ciclo formativo; d) ammontare dei contributi annuali da versarsi da parte degli studenti; e) stipula di convenzioni con enti pubblici e privati e/o la costituzione o adesione a Consorzi o Fondazioni; f) promozione di iniziative in materia di innovazione tecnologica; g) affidamento, su proposta

Copyright 2016 Wolters Kluwer Italia Srl - Tutti i diritti riservati

del Senato Accademico, dell'insegnamento delle discipline di studio, anche mediante contratto di diritto privato; h) determinazione, su proposta del Senato Accademico, dell'organico del personale docente e ricercatore, da coprirsi mediante procedure concorsuali ex *L. 3 luglio 1998 n. 210* ; i) ricorso a copertura dell'organico mediante chiamate di professori di ruolo e ricercatori; j) affidamento di incarichi di collaborazione professionale tecnico-amministrativa; k) affidamento di incarichi per attività di tutorato; I) attivazione dei Corsi di studio, nel rispetto della procedura prevista dalla normativa vigente; m) modifiche dello Statuto, sentito il Senato Accademico;
n) assunzione del personale non docente, anche con qualifica dirigenziale".
Come è dato leggere nella "convenzione per la regolamentazione delle prestazioni di collaborazione, consulenza, assistenza, servizio, supporto, promozione delle attività (ex art. 12 del D.P.R. 24 maggio 2000, n. 254)" stipulata tra l'Università G.D'Annunzio e la Fondazione, quest'ultima è stata costituita in applicazione dell' *articolo 59 della L. 23 dicembre 2000 n. 388*, "al fine di realizzare l'acquisizione di beni e servizi alle migliori condizioni del mercato, nonché per lo svolgimento delle attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca"; inoltre, a norma dell' *articolo 1 comma 4 del D.P.R. 24 maggio 2001, n. 254*, recante "Criteri e modalità per la costituzione di fondazioni universitarie di diritto privato a norma dell' *articolo 59, comma 3, della L. 23 dicembre 2000, n. 388*", "le fondazioni sono persone giuridiche private senza fini di lucro ed operano esclusivamente nell'interesse degli Enti di riferimento"; e a norma dell'articolo 12, comma 3, del succitato regolamento: "I rapporti tra gli enti di riferimento e le fondazioni, per le prestazioni di collaborazione, consulenza, assistenza, servizio, supporto, promozione delle attività la cui tipologia è stabilita dal presente regolamento, sono regolati dallo statuto e da specifiche convenzioni.....";
La Fondazione, inoltre, provvede, tra l'altro, alla manutenzione ordinaria e straordinaria di tutti gli immobili di Ateneo, e riceve dall'Università G. D'Annunzio un contributo annuale ordinario per il proprio funzionamento, per la manutenzione degli immobili e per tutte le attività che l'Università intende di volta in volta attuare tramite la Fondazione stessa ("qualsivoglia attività tesa alla realizzazione di immobili, acquisizione di beni, di servizi e di supporti strumentali alle proprie attività istituzionali").
Come riportato nel bando impugnato, ai sensi dell'articolo 6 comma 1 dello statuto della fondazione "Possono assumere la qualifica di Partecipante Istituzionale, ... previo gradimento della Fondazione e dell'Università, enti, amministrazioni pubbliche, persone giuridiche, fisiche, singole o associate che, condividendo le finalità della Fondazione, partecipano alla realizzazione dei suoi scopi mediante contributi in denaro annuali o pluriennali, in attività o beni materiali e immateriali, in misura non inferiore a quella stabilita, anche annualmente, dal Consiglio di Amministrazione della Fondazione.
I Partecipanti Istituzionali possono essere coinvolti dal Consiglio di Amministrazione nella gestione delle eventuali articolazioni interne della Fondazione e nel raggiungimento degli obiettivi specificatamente finanziati. La qualifica di Partecipante Istituzionale dura per tutto il periodo per ilquale il contributo è stato regolarmente versato ovvero la prestazione regolarmente eseguita".
Ciò premesso, si osserva che, in realtà, come noto, all'Ente "fondazione" non si può strictu sensu aderire perchè, ai sensi del codice civile, non ha struttura associativa ma patrimoniale (ed in questo si differenzia appunto dall'associazione); pertanto l'eventuale contribuzione a fini di adesione altro non sarebbe che un atto di dotazione al patrimonio della fondazione (Corte dei Conti, sez. Lombardia, parere n. 25 del 2013).
La fondazione universitaria di cui si discute rientra, quindi, a parere del Collegio, piuttosto nell'ambito delle cd. fondazioni di partecipazione, che nel caso di specie non deriva dalla trasformazione in soggetto privato di un Ente pubblico, ma dalla decisione di questo di esternalizzare alcune attività costituendo appunto una nuova persona giuridica secondo uno schema privatistico.
Difatti essa, come tipicamente avviene nelle cd. fondazioni di partecipazione, è aperta alla partecipazione di soggetti pubblici e privati, e ciò la distingue dal modello codicistico della fondazione, essendovi l'elemento associativo della partecipazione che incide anche sull'implementazione del patrimonio nella vita dell'Ente, oltre che sulla sua gestione.
In sostanza, la "fondazione di partecipazione" costituisce un modello atipico di persona giuridica privata, a causa mista, perchè sintetizza l'elemento personale (che nelle fondazioni di partecipazione non viene reciso), tipico delle associazioni, e l'elemento patrimoniale, caratteristico delle fondazioni (cfr. Corte dei Conti, sez. Emilia Romagna, parere n. 654 del 2010; nonché Corte dei Conti, sez. Lombardia, parere n. 25 del 2013, in cui tali modelli vengono ritenuti meritevoli di tutela in quando rientranti nell'ambito delle "altre associazioni di carattere privato" di cui *all'articolo 12 del codice civile).*
Inoltre, anche se privi di fine di lucro (e quindi pur non essendo imprese pubbliche), tali Enti di partecipazione, quando si rivolgono al mercato, devono essere considerati a tutti gli effetti come organismi di diritto pubblico (cfr. Tar Brescia, sentenza n. 831 del 2015; ove pure si evidenzia, tra l'altro, che l'esercizio di funzioni proprie dell'Ente pubblico che li ha costituite impone un controllo stringente da parte di quest'ultimo su di essi); ciò perché ricorrono tutti e tre i requisiti richiesti dall' *articolo 3, comma 26, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*:
a) il requisito personalistico, trattandosi di soggetto dotato di personalità giuridica di diritto privato;
b) il requisito dell'influenza dominante del soggetto pubblico;
c) il requisito teleologico, trattandosi di ente destinato a realizzare funzioni di carattere di carattere non industriale o commerciale, e proprie dell'Ente pubblico socio (cfr. Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 7 luglio 2011, n. 14958).
Tuttavia, nel caso di specie, la qualificazione come organismo di diritto pubblico non ha implicazioni dirette ai fini che qui interessano, poiché quello da concludere con i partecipanti istituzionali selezionati con il bando in questione si presenta come contratto attivo (cfr. l' *articolo 3 del R.D. n. 2440 del 1923*) e non passivo per l'Amministrazione, e non si applica quindi la disciplina in materia di appalti pubblici, ma solo quella della contabilità pubblica (cfr. Corte dei Conti, sez. Lombardia, parere n. 494 del 2013).
Non vertendosi in materia di affidamento di lavori, servizi o forniture, quindi di contratti passivi, non si applica quindi neanche il rito speciale degli appalti, con conseguente infondatezza delle censure di rito formulate dalle altre parti costituite nel presente giudizio, come già evidenziato nelle premesse in rito.

Copyright 2016 Wolters Kluwer Italia Srl - Tutti i diritti riservati

2.2. - Una delle funzioni connaturate allo scopo di tali Enti di partecipazione (peraltro eterogenei nelle varie discipline di settore), qualora vi sia partecipazione pubblica e privata, si rinviene proprio nel principio di sussidiarietà orizzontale, declinato nel partenariato pubblico-privato, cioè nel favorire il coinvolgimento di energie e capitali privati nel perseguimento di fini pubblici.
Lo strumento della fondazione partecipata appare più adatto in quanto più dinamico rispetto a quello della fondazione classica, permettendo appunto una modifica durante la vita dell'ente dell'elemento personalistico e del patrimonio (cfr. Corte dei Conti, sez. Lazio, parere n. 151 del 2013); ma al contempo il vincolo allo statuto e alla destinazione patrimoniale alla funzione appaiono più intensi rispetto alla comune associazione, e quindi tale soggetto atipico meglio si presta al perseguimento di fini pubblici in modo strumentale ed esecutivo.
E risiede proprio in quest'ultimo elemento la caratterizzazione, l'elemento tipizzante della fondazione anche di partecipazione rispetto all'associazione (cfr. Corte dei Conti, sez. Lazio, parere n. 151 del 2013): anche nella fondazione di partecipazione gli organi di governo della fondazione hanno natura "servente" rispetto allo scopo indicato dal fondatore - Ente pubblico e cristallizzato nel negozio di fondazione, tale da divenire immodificabile anche per lo stesso fondatore successivamente al riconoscimento della personalità giuridica (cfr. l' *articolo 1 comma 3 del D.P.R. n. 254 del 2001*: "Il riconoscimento della personalità giuridica è concesso ai sensi dell'articolo 1 del regolamento approvato con *D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361* ").
Tali forme di partecipazione, d'altro canto, sono spesso valutate con molta cautela proprio laddove potrebbero risolversi in una abdicazione della gestione diretta delle funzioni amministrative attribuite dalla legge agli Enti pubblici, e sulla base della considerazione che la moltiplicazione dei centri erogatori di funzioni e servizi ha comportato un incremento di spesa, spesso non accompagnato da un elevazione negli standard qualitativi dei servizi erogati (cfr. Corte dei Conti, sez. Lombardia, parere n. 25 del 2013, a proposito delle fondazioni partecipate da Enti locali).
Peraltro, si pone un problema di necessario rispetto del principio di doverosità e funzionalizzazione dell'attività al pubblico interesse proprio nel caso, come quello in esame, in cui l'Ente pubblico non aderisce ad una fondazione già costituita, ma, legittimato in ciò da precise disposizioni normative, esternalizza propri compiti e funzioni istituzionalmente ad esso affidati (cfr. l' *articolo 1 del D.P.R. n. 254 del 2001*: "le università statali, di seguito denominate enti di riferimento, al fine di realizzare l'acquisizione di beni e servizi alle migliori condizioni di mercato, nonché per lo svolgimento delle attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca, possono costituire, singolarmente o in forma associata, fondazioni di diritto privato disciplinate, per quanto non espressamente previsto dal presente regolamento, dal codice civile e dalle relative disposizioni di attuazione").
Tali fondazioni così costituite diventano infatti veri e propri moduli organizzativi dell'Ente per l'esercizio di funzioni proprie (Corte dei Conti, sez. Lazio, parere n. 151 del 2013).
A tal fine, non potendo l'Ente pubblico abdicare a favore dei privati la propria funzione e i propri compiti pubblicistici, si impone necessariamente che il primo mantenga una posizione di controllo sulla gestione delle Fondazioni di partecipazioni con cui sono state esternalizzati attività pubbliche, mantenendo il controllo sulla maggioranza del consiglio di amministrazione o comunque del principale organo decisionale (cfr. l' *articolo 4 comma 5 del D.P.R. n. 254 del 2001*: "Gli enti di riferimento esercitano nei confronti della fondazione le funzioni di indirizzo e di riscontro sull'effettiva coerenza dell'attività delle fondazioni con l'interesse degli enti medesimi"; articolo 9 lett. c) del medesimo d.p.r.: "c) la maggioranza assoluta dei componenti è designata dagli enti di riferimento".
Peraltro, anche l'obbligo di rispettare i vincoli pubblicistici, che discendono dalla natura strumentale alla funzione pubblica dell'Ente privato di partecipazione (Corte dei Conti, sez. Lazio, parere n. 151 del 2013), impone che l'Ente pubblico di riferimento eserciti sul primo un controllo dominante sulla gestione.
Se tali principi valgono per le fondazioni di partecipazione "madri", essi devono valere (pena la loro elusione) anche per le persone giuridiche "figlie", cioè da queste create pur sempre per il perseguimento, a valle, degli scopi e delle funzioni esternalizzati dal medesimo Ente pubblico, come appunto è avvenuto nel caso in esame, con la costituzione dell'Università telematica L.da Vinci, in adempimento della convenzione intervenuta tra la Fondazione e l'Università G. D'Annunzio (vedi gli articoli 1 e 2 dello statuto Unidav: "L'Ateneo è promosso e sostenuto dalla Fondazione Università "G. d'Annunzio""..."L'Ateneo ha personalità giuridica"; e si vedano altresì gli articoli 1 e 3 della convenzione tra l'Università e la Fondazione: "La Fondazione opera nell'esclusivo interesse dell'Università ed in piena sinergia con la medesima, in base alle linee guida da quest'ultima formulate e recepite dalla Fondazione"..."La Fondazione può istituire, ai sensi e per gli effetti del D.I. 17 aprile 2003, autonome iniziative didattiche telematiche, complementari all'offerta formativa in essere nell'Università").
La Fondazione viola evidentemente anche il vincolo di perseguimento esclusivo dell'interesse pubblico dell'Università D'Annunzio se cede ad una maggioranza privata la governance dell'Ateneo telematico.
Come si legge a pag. 18 della memoria depositata dalla controinteressata in data 10 maggio 2016, difatti, nel caso di specie l'aggiudicataria è una holding con una propria strategia imprenditoriale, ben consapevole di poter decidere i nuovi scopi dell'Unidav, e che mira a gestire l'Università telematica "per rafforzare il proprio crescente appeal nei confronti di investitori già provenienti da tutto il modo".
Come si vede, si fuoriesce nettamente dalla funzionalizzazione della gestione all'esclusivo interesse pubblico e dell'Università D'Annunzio, come del resto imposto anche dalla convenzione negli articoli succitati.
Ne consegue che il ricorso appare fondato, atteso che con il bando impugnato si è inteso procedere alla nomina di una rappresentanza nel Consiglio di Amministrazione dell'Università Telematica "Leonardo da Vinci", con partecipazione maggioritaria.
Non appare di poco conto evidenziare per di più che, in tal modo, la fondazione non ha proceduto a designare alcuni suoi partecipanti istituzionali (tra distinti soggetti di propria fiducia) come componenti nel consiglio di amministrazione dell'Unidav nella propria qualità di partecipante pubblico (che in quanto tale ha, per statuto Unidav, il controllo del consiglio di amministrazione unitamente a soggetti designati dall'Università

Copyright 2016 Wolters Kluwer Italia Srl - Tutti i diritti riservati

G.D'Annunzio e dal Miur), ma ha selezionato un singolo partecipante istituzionale in favore del quale, in netto contrasto con i principi citati e con la ricordata disposizione di cui all'articolo 9) lett. c) del *D.P.R. n. 254 del 2001* , ha deciso di costituire un potere di designazione della maggioranza nel consiglio di amministrazione dell'Università telematica Leonardo da Vinci.
Il bando in questione mira infatti testualmente alla selezione di un "soggetto interessato ad assumere la qualifica di Partecipante Istituzionale della Fondazione ai fini della nomina di una rappresentanza nel Consiglio di Amministrazione dell'Università Telematica "Leonardo da Vinci", con partecipazione maggioritaria".
Cioè si designa un singolo partecipante istituzionale a cui demandare, per tutta la durata della sua contribuzione, la scelta della maggioranza del consiglio di amministrazione, previo pagamento di "un contributo a base d'asta di complessivi 2.500.000,00 Euro (duemilionicinquecentomilaEuro/00), da corrispondere in via preferenziale in unica soluzione, ovvero in due o più soluzioni per un massimo di 10 soluzioni da corrispondersi in 10 anni per un importo non inferiore a 250.000,00 Euro (duecentocinquantamilaEuro/00) per ogni singola rata".
Il comma 2 dell'articolo 11 dello statuto Unidav prevede espressamente che "Il Consiglio di Amministrazione può essere integrato da partecipanti istituzionali della Fondazione - mediante la formula del gradimento - che contribuiscano, con mezzi e risorse ritenuti congrui dallo stesso Consiglio di Amministrazione, alla realizzazione delle finalità dell'Ateneo".
Per le ragioni illustrate tale disposizione non può essere intesa nel senso di consentire l'affidamento della maggioranza del consiglio di amministrazione ad un soggetto privato.
Peraltro, essa si esprime con il termine di "integrazione", che evidentemente evoca un aumento, un'aggiunta, non certo uno stravolgimento, come si avrebbe con la nomina di 9 membri rimessa ad un soggetto privato, che renderebbe del tutto marginale la previsione, contenuta nel medesimo statuto, degli 8 membri di diritto di nomina della Fondazione, dell'Università D'Annunzio e del Miur (previsione che peraltro è molto attenta a contemperare la presenza delle varie componenti di nomina pubblica, il che implica ragionevolmente che questa incida sulla governance in modo determinate e quindi necessariamente maggioritario).
Ciò, senza considerare che il consiglio di amministrazione, in base all'articolo 12 dello statuto, nomina anche il Rettore, il quale è membro di diritto del medesimo consiglio, sicchè la maggioranza privata, ove consentita, diverrebbe in tal modo ancor più netta e autoreferenziale.
Dalle considerazioni che precedono in ordine all'interpretazione degli statuti della fondazione e dell'Unidav consegue anche che, come rilevato nelle premesse in rito, la ricorrente non era affatto onerata ad impugnare nei termini lo statuto della Fondazione né quello di Unidav, che di certo non impongono (ma anzi escludono) la scelta cui è viceversa pervenuta la Fondazione stessa con il bando impugnato.
Per tutte le ragioni illustrate, il Collegio rileva che il ricorso introduttivo merita accoglimento, fatto salvo l'esame dei motivi aggiunti, per il quale fissa nel dispositivo la trattazione ad un ulteriore udienza pubblica.
3.- Le spese del giudizio saranno liquidate con la sentenza definitiva.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), pronunciandosi con sentenza non definitiva sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:
- non sospende il giudizio in attesa della decisione della Corte di Cassazione sul ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione;
- dichiara infondate tutte le altre questioni in rito;
- dichiara fondato il ricorso introduttivo del giudizio;
- fissa per la trattazione dei motivi aggiunti l'udienza pubblica del 7 ottobre 2016.

Spese al definitivo.
Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:
Michele Eliantonio, Presidente
Alberto Tramaglini, Consigliere
Massimiliano Balloriani, Consigliere, Estensore

Copyright 2016 Wolters Kluwer Italia Srl - Tutti i diritti riservati