

Sentenza n. 128 del 4 febbraio 2005.

Pubblica udienza del 17 novembre 2004.

Presidente: dott. Luigi Ranalli.

Relatore: dott. Galileo Omero Manzi.

Titoletto:

Opere pubbliche – procedimento di aggiudicazione – divieto di cui all'art. 17, 9 comma L. n. 109 del 1994 – portata dell'incompatibilità – criterio della *par condicio* dei concorrenti.

Abstract:

Ai sensi dell'art. 17, 9 comma della Legge n. 109 del 1994 il coinvolgimento nell'attività di progettazione di un intervento, rende incompatibile la successiva partecipazione al pubblico appalto: la finalità è quella di evitare ogni possibile commistione tra la progettista dei lavori pubblici e l'esecutore dei medesimi, nel rispetto del principio della par condicio dei concorrenti aspiranti, principio volto a realizzare una libera concorrenza dei partecipanti alla gara (nel caso di specie il Collegio ha ritenuto legittimo il provvedimento con il quale il Comune ha escluso una società, aggiudicataria provvisoria per l'esecuzione dei lavori in subappalto, in quanto la medesima aveva partecipato anche alla redazione del progetto esecutivo).

Testo:

“SENTENZA

sul ricorso n.28 del 2004 proposto dalla s.r.l. ***, con sede in Roma, in persona del suo rappresentante legale, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luca Di Raimondo e Cristiana Pesarini, presso quest'ultima elettivamente domiciliato in Ancona, alla Via Matteotti n.99;

contro

- il COMUNE di LORO PICENO (MC), in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Ranieri Felici, elettivamente domiciliato in Ancona, presso la Segreteria del TAR;

e nei confronti

- della ditta individuale ***, corrente il Loro Piceno, in persona del suo rappresentante legale, rappresentato e difeso dall'avv. Cristina Barone, elettivamente domiciliato in Ancona, presso la Segreteria del T.A.R.;

- della s.n.c. ***, corrente in Roma, in persona del suo rappresentante legale, non costituito in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

- del provvedimento dirigenziale n.113 del 16.12.2003, adottato dal Responsabile del 2° Settore del Comune di Loro Piceno, con cui, a modifica di quanto in precedenza stabilito dalla Commissione di gara, è stato deciso di escludere la Società ricorrente dal procedimento ad evidenza pubblica indetto dal Comune intimato per l'affidamento dell'appalto dei lavori di completamento del chiostro di San Francesco di cui era stata dichiarata aggiudicataria provvisoria la deducente società ***, in considerazione della riscontrata sussistenza in capo alla medesima di una condizione ostativa alla partecipazione alla gara ed all'aggiudicazione dell'appalto, costituita dall'aver la ditta collaborato alla redazione del progetto esecutivo dei lavori oggetto di appalto;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o comunque consequenziale, ivi compreso il contratto di appalto eventualmente stipulato;

nonché per la condanna

- dell'Amministrazione intimata a risarcire il danno arrecato alla ricorrente per effetto della sua disposta esclusione dalla gara di cui si controverte.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Loro Piceno e della controinteressata impresa Pisani Luigi;

Vista l'ordinanza presidenziale n.2 del 13 gennaio 2004 di accoglimento dell'istanza di sospensione provvisoria degli atti impugnati presentata dalla parte ricorrente;

Vista la successiva ordinanza collegiale n.36 del 27 gennaio 2004, con cui è stata respinta la domanda cautelare di sospensione dell'efficacia degli atti impugnati;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 17 novembre 2004, il Consigliere Galileo Omero Manzi;

Uditi l'avv. L.Di Raimondo per la ricorrente, l'avv. R.Felici per il Comune resistente e l'avv. C.Barone per la ditta controinteressata ***;

Visto il dispositivo n.29 del 18 novembre 2004, pubblicato ai sensi dell'art.23/*bis* della legge 6 dicembre 1971, n.1034 che prevede la pubblicazione del dispositivo della sentenza del ricorso in epigrafe, in quanto attiene a materia per la quale si applica la norma suddetta;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

...omissis...

DIRITTO

Il ricorrente chiede l'annullamento del provvedimento indicato in epigrafe con cui il competente funzionario del Comune intimato, in sede di controllo degli atti del procedimento ad evidenza pubblica indetto dall'Amministrazione per l'affidamento di un contratto di appalto di lavori pubblici, aggiudicato provvisoriamente dalla Commissione di gara in favore della ditta ricorrente, ha disposto l'esclusione della medesima dalla selezione per mancanza di requisiti, disponendo nel contempo l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della società controinteressata in precedenza collocata al secondo posto della graduatoria dei concorrenti.

1) Con il primo motivo di gravame la parte attrice si duole dell'incompetenza del soggetto che ha adottato l'atto impugnato il quale, in quanto componente della Commissione di gara che aveva provveduto all'aggiudicazione provvisoria, a suo dire, non poteva successivamente disattendere l'operato di tale organismo collegiale.

L'assunto è destituito di fondamento. Giova al riguardo considerare che, come risulta attestato nel verbale della Commissione della gara di cui si controverte, relativo alla

riunione del 29.10.2003 in cui si è dato luogo all'aggiudicazione provvisoria della selezione ad evidenza pubblica, tale affidamento era caratterizzato da precarietà, restando subordinato il definitivo conferimento dell'appalto alla successiva approvazione degli atti di gara da parte del Responsabile del procedimento, individuato nel funzionario titolare dell'Ufficio Tecnico Comunale, al quale è demandato, ai sensi del combinato disposto degli art.107, II comma e 109, II comma del D.Lgs 18 agosto 2000, n.267, la responsabilità della procedura di appalto e di concorso, il che comporta che al medesimo compete anche il correlativo potere di approvazione per quanto attiene alla verifica tecnica e le legittimità degli atti di gara.

Donde, con riferimento a tale concentrazione di poteri in capo al Responsabile del procedimento finalizzato alla realizzazione del progetto di opera pubblica di cui si controverte, è legittimo che il medesimo sia Presidente della Commissione giudicatrice e che approvi gli atti della Commissione medesima e disponga dell'aggiudicazione definitiva della gara (Cons.St. Sez.V 6 maggio 2002, n.2408; 26 settembre 2002, n.4938 T.A.R. Veneto Sez.I 23 marzo 2000, n.831, T.A.R. Abruzzo PE, 20 febbraio 2003, n.281).

In base alla normativa vigente, infatti, il Dirigente o il funzionario investito della relativa funzione nei Comuni privi di personale di qualifica dirigenziale *ex art.109 II* colla del D.Lgs. n.267 del 2000, è responsabile sia nella fase istruttoria, sia nella emanazione del provvedimento finale del procedimento e non può sottrarsi a tale responsabilità impostagli dalla legge, astenendosi da una delle due fasi.

Da ciò la piena legittimità del provvedimento impugnato, attesa la riconosciuta sussistenza in capo al funzionario che ha provveduto all'aggiudicazione definitiva dell'appalto di cui si controverte, di disattendere, in sede di approvazione degli atti di gara, l'operato della commissione di cui il medesimo ha fatto parte, soprattutto allorquando, come si è verificato nella vicenda di cui è causa, la conoscenza dell'elemento ostativo alla

conferma dell'aggiudicazione provvisoria della gara in favore della ricorrente, è intervenuta successivamente a tale fase procedimentale, per cui era nei pieni poteri del funzionario preposto al controllo di legittimità dei relativi atti, procedere alla rettifica delle determinazioni assunte dall'organo di gara riconosciute in contrasto con il quadro normativo di riferimento.

2) Ad identiche conclusioni di infondatezza conduce anche l'esame degli ulteriori motivi di censura preordinati a denunciare nell'operato del responsabile del procedimento una violazione dei doveri notiziali e motivazionali imposti dagli artt.3, 7 e 8 della legge n.241 del 7.8.1990, sul procedimento amministrativo.

2/A) A tale riguardo deve essere tenuto presente che la mancata definitiva aggiudicazione della gara di cui si controverte in favore della ditta ricorrente non si è realizzata attraverso l'avvio di un nuovo ed autonomo procedimento, dal momento che il provvedimento impugnato con cui si modificano le conclusioni cui era pervenuta la Commissione di gara in sede di aggiudicazione provvisoria, costituisce l'atto terminale dello stesso procedimento di scelta del contraente, nell'ambito del quale è prevista anche una fase di approvazione finale il cui esito può essere anche diverso da quello prefigurato dall'organo di gara.

Donde, con riferimento a tale accennata unitarietà del procedimento di scelta del contraente, nessun dovere notiziale si impone al responsabile del procedimento, nel caso in cui, in sede di approvazione degli atti di gara, pervenga alla rettifica delle decisioni interinalmente assunte dalla Commissione, dal momento che i soggetti concorrenti sono perfettamente consapevoli di tale possibilità e dal momento che per effetto dell'approvazione della graduatoria dei concorrenti, l'aggiudicatario provvisorio della gara può vantare una mera aspettativa alla conclusione del procedimento, il cui realizzarsi è comunque subordinato all'esito della successiva fase procedimentale di approvazione degli atti della Commissione di gara; per cui, ritiene il Collegio che i concorrenti inseriti nella

graduatoria provvisoria non possono essere preavvertiti nell'ipotesi di rettifica delle determinazioni dell'organo di gara da parte del funzionario investito del potere di controllo degli stessi (Cons. St. Sez. IV 27 DICEMBRE 2001, n.5903; TAR Campania Sa. 3 luglio 2002, n.632).

2/B) Inconferente si rivela anche la dedotta censura di difetto di motivazione, in quanto il provvedimento impugnato dà sufficiente giustificazione delle ragioni che hanno impedito la conferma dell'aggiudicazione della gara in favore della ditta ricorrente che ha trovato motivo nel riscontrato accertamento in capo alla medesima di una situazione impeditiva alla partecipazione alla selezione pubblica, costituita dall'avvenuto coinvolgimento della Società *** nell'approntamento della progettazione dell'intervento di restauro oggetto dell'appalto.

Per cui, sotto tale aspetto, la PA ha dato conto delle ragioni giustificative della mancata aggiudicazione definitiva della gara in favore della società ricorrente la quale, in tal modo, è stata messa in condizione di conoscere il motivo della sua estromissione dalla selezione e dall'affidamento dell'appalto, e, quindi, di approntare i propri argomenti difensivi, nell'eventualità di un sindacato dell'atto in questione in sede amministrativa e giurisdizionale.

3) Manifestamente infondato va valutato anche il residuo motivo di violazione dell'art.17, 9° comma della legge n.109 del 1994 e di contraddittorietà ed illogicità dell'operato della PA intimata, fatta dipendere dall'asserita insussistenza della situazione di incompatibilità che ha giustificato l'estromissione dalla gara della ditta ricorrente.

In proposito, va precisato che risulta documentalmente comprovato in atti il coinvolgimento della ricorrente società *** nella predisposizione del progetto riguardante il restauro dell'interno del portico e del chiostro della Chiesa di S. Francesco oggetto dell'appalto di cui è causa (vedi copia della lettera n.9415 del 5.7.2002 della Soprintendenza Regionale delle Marche per il Patrimonio Storico e Artistico in atti).

Donde, a fronte di quanto risulta attestato nella lettera cui si è fatto cenno, con la quale la Soprintendenza, nel dare comunicazione al Comune dell'intervenuta approvazione del progetto dei lavori di restauro di cui si controverte, dà conto che gli atti progettuali sono stati predisposti dalla ditta ***, dalla dott.ssa *** dipendente di quest'ultima e controfirmato dall'arch. ***, la ditta ricorrente non è riuscita a fornire alcun argomento di prova in grado di giustificare in qualche modo le ragioni per cui nella citata lettera della Soprintendenza si fa riferimento alla ditta *** e alla Dott.ssa *** collaboratrice della stessa, essendosi il difensore di parte attrice limitato ad affermare l'inesistenza di affidamenti di incarichi di progettazione da parte del Comune che di per sé non è in grado di smentire in modo inconfutabile il presunto coinvolgimento della *** nell'attività progettuale posta in essere dal progettista che ha firmato il progetto arch. ***.

Pertanto, ritiene il Collegio che, in mancanza di elementi idonei a confutare quanto indirettamente certificato dalla Soprintendenza regionale al Patrimonio Artistico nella lettera cui si è fatto cenno, deve essere ritenuto sussistente il coinvolgimento della Società *** nell'attività di progettazione dei lavori di restauro di cui si controverte, il che precludeva alla stessa di partecipare al procedimento di aggiudicazione degli stessi lavori indetto dal Comune, stante l'espresso divieto al riguardo stabilito dall'art.17, 9° comma della legge n.109 del 1994.

Tenuto conto di quanto precisato, immune anche dai denunciati vizi di eccesso di potere deve essere considerato il provvedimento impugnato, poiché non vi è dubbio che il riferito e conclamato effettivo coinvolgimento della società ricorrente nell'attività di progettazione dell'intervento di restauro, ancorché senza l'avallo del Comune, come asserito dal difensore di parte attrice, contribuisce comunque a dare luogo ad una situazione di incompatibilità non solo ai fini della partecipazione al pubblico appalto indetto per l'affidamento dell'intervento progettato, ma anche ai fini della esecuzione degli stessi lavori in subappalto, poiché quello

che il legislatore vuole evitare è che si realizzi una qualsiasi commistione tra progettista dei lavori pubblici ed esecutore degli stessi che può rivelarsi astrattamente pregiudizievole della *par condicio* dei concorrenti aspiranti all'affidamento dell'intervento di manutenzione e restauro e potenzialmente dannoso per la stazione appaltante interessata a che la scelta del contraente si realizzi sulla base di una libera concorrenza dei partecipanti alla gara che, non vi è dubbio, è destinata ad essere alterata nel caso in cui una delle ditte partecipanti sia a conoscenza di tutte le problematiche approntate in sede progettuale.

Da ciò l'assoluta insussistenza dei denunciati profili di illogicità e contraddittorietà nell'operato dell'Amministrazione intimata oggetto di sindacato, poiché, a fronte del riferito divieto normativo, al responsabile del procedimento non residuava alcun potere discrezionale in ordine ad un diverso apprezzamento dell'accennata situazione di incompatibilità riscontrata in capo alla società ricorrente, per quanto riguarda la partecipazione alla gara ad evidenza pubblica di cui si controverte.

Con riferimento a quanto argomentato, il ricorso deve dunque essere respinto, stante la dimostrata infondatezza delle censure con il medesimo dedotte.

4) La dimostrata infondatezza del capo impugnatorio del ricorso importa la reiezione della subordinata domanda di risarcimento danni pure avanzata dalla parte ricorrente, dal momento che il preventivo annullamento degli atti amministrativi asseriti illegittimi e ritenuto causa di danno, costituisce il presupposto necessario per l'esame della domanda risarcitoria; donde, in presenza del mancato verificarsi di tale condizione, come è dato riscontrare nella vicenda di cui è causa, la pretesa reintegratrice fatta valere con il ricorso è da valutare priva di qualsiasi fondamento e come tale va respinta.

In conclusione, con riferimento a quanto argomentato, il ricorso va respinto, come pure la domanda di risarcimento danni con il medesimo avanzata.

Sussistono nel contempo giusti motivi per far luogo alla compensazione tra le parti delle

spese e degli onorari di giudizio.

P . Q . M .

Il Tribunale Amministrativo Regionale delle Marche respinge il ricorso in epigrafe indicato e la relativa domanda di risarcimento danni.

Spese compensate.”.