

Esiste una palese disuguaglianza di partenza, tra chi ha formulato il programma e chi invece concorre per la sua attuazione, essendone rimasto totalmente estraneo: il primo pertanto non può partecipare alla gara per l'esecuzione

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

La parità di trattamento dei concorrenti è principio indefettibile di ordine generale, che ha come punto di partenza l'estraneità dei concorrenti alla strategie programmatiche dei soggetti che indicano la gara: alla generalità del principio non osta la sua enunciazione in ipotesi tipiche, giacché esso è immanente al sistema generale della scelta dei contraenti da svolgersi con le garanzie dell'evidenza pubblica.

Il Consiglio Stato con la decisione numero 1302 del 20 marzo 2007 in tema di divieto di partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica di soggetti che alla programmazione e progettazione di tale procedimento abbiano contribuito, ci insegna che:

<La tipizzazione delle differenti ipotesi (di eventuale lesione del principio della par condicio) non indica altro che una particolare attenzione del legislatore a fenomeni che più degli altri possono dare luogo alla distorsiva partecipazione alla gara in posizione di vantaggio, a causa della ordinaria partecipazione di soggetti esterni a momenti di formazione progressiva delle linee strategiche della stazione appaltante.>

ma vi è di più

<Una regola generale di incompatibilità (per il soggetto che ha concorso a definire le linee programmatiche della stazione appaltante, a partecipare al concorso indetto per dare concreta attuazione al programma) deve essere quindi desunta direttamente dalla operatività - in tutte le gare ad evidenza pubblica - del principio in sé, per la considerazione che la “parità” finisce con l’essere esclusa in radice allorché uno dei concorrenti abbia partecipato al momento di fissazione degli obiettivi da perseguire attraverso la gara.

Pur non essendovi, infatti, immedesimazione fra stazione appaltante ed esperto (che ha partecipato alla redazione del programma che ha conseguito il finanziamento) viene a crearsi certamente una contiguità che, nella gara intesa alla attuazione del programma o di una sua parte, pone l’esperto, in partenza, in una posizione diseguale, rispetto alla generalità dei concorrenti>

Testo massima:Ufficiale

Nei contratti ad evidenza pubblica, l’operatività del principio della “par condicio” dei concorrenti, l’implica una regola generale in forza della quale il soggetto che ha concorso a definire le linee programmatiche della stazione appaltante, in qualità di esperto, è incompatibile a partecipare al concorso indetto per darvi concreta attuazione, per la considerazione che la “parità” finisce con l’essere esclusa in radice allorché uno dei concorrenti abbia partecipato al momento di fissazione degli obiettivi da perseguire attraverso la gara; infatti, pur non essendovi immedesimazione, fra stazione appaltante ed esperto (che ha partecipato alla redazione del programma) viene a crearsi certamente una contiguità che, nella gara intesa alla attuazione del programma o di una sua parte, pone l’esperto, in partenza, in una posizione diseguale, rispetto alla generalità dei concorrenti.

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale

Quinta
Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello nn.
4140 e 4320 del 2005, proposti da:

I - (ric. n. 4140 del 2005) = Sig. Giovanni Antonio ***, in proprio e nella qualità di legale rappresentante dello Studio Associato ***

contro

la soc. *** WAY di TIZIANA *** & C. s;

e nei confronti

della soc.cons. ***

II - (ricorso n. 4320 del 2005) = soc.cons. *** contro

la soc. *** WAY di TIZIANA *** & C.

e nei confronti

dello Studio Associato. ***.***,

per la riforma,

(entrambi i ricorsi di appello)

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna, Sez. I., n. 145/2005 resa tra le parti, concernente affidamento gara ;

Visti gli atti di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della *** WAY DI TIZIANA *** & C. s.n.c. per resistere ad entrambi gli appelli, nonché di *** soc. cons. a r.l, sul ricorso n. 4140/2995 e di . Studio Associato. ***-***, sul ric. n. 4320/2005;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 17 Ottobre 2006 , relatore il Consigliere Cons. Chiarenza Millemaggi Cogliani ed

uditi, altresì, gli avvocati R. Miscali per sé e per delega di Segneri e di Arca, e F. Sicari per delega Cabiddu ;

Depositato, il 6 novembre 2006, il dispositivo n. 525/2006 della decisione assunta nella Camera di consiglio che è seguita alla pubblica udienza anzidetta;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F
A
T
T
O

1. Con sentenza n. 245/2005, il Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna ha accolto il ricorso proposto dalla società *** WAY di TIZIANA *** & C. s.n.c., per l'annullamento della delibera n. 37 del 5 agosto 2004 con la quale il Consiglio di Amministrazione del ***** ha approvato i verbali della Commissione giudicatrice e la graduatoria da essa stilata relativamente alla gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e della direzione tecnica dell'intervento 4.1.A.1. "Ripopolare il territorio - Progetto di marketing territoriale dell'Alto-Oristanese per l'attrazione di nuovi residenti", con

aggiudicazione allo Studio Associato *** - ***, e, con essa, della delibera con la quale il Consiglio di Amministrazione del ***** ha nominato la Commissione per la valutazione delle offerte di cui alla suddetta gara; dei verbali di gara della Commissione giudicatrice nonché di tutti gli atti ai precedenti presupposti, conseguenti o comunque connessi.

Disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla difesa del *** (***), sulla considerazione della funzione oggettivamente pubblica espletata dalla società consortile in questione, il giudice di primo grado ha accolto il ricorso sulla base delle principali, assorbenti censure portate nel primo motivo di impugnazione

(violazione del principio di affidamento e della par condicio dei concorrenti; eccesso di potere) con cui la ricorrente denunciava la violazione del divieto di partecipazione dei progettisti alle gare per l'esecuzione dei lavori, in quanto l'ing. Giovanni ***, indicato come capo progetto nell'offerta dell'aggiudicataria, aveva coordinato e realizzato il Piano di Sviluppo Locale in base al quale il *** aveva ottenuto i finanziamenti comunitari per lo svolgimento della sua attività di promozione e sviluppo del territorio.

Conseguentemente, con la sentenza appellata, il Tribunale, annullando gli atti impugnati, ha statuito nel senso che lo Studio aggiudicatario andasse escluso dalla selezione, con affidamento dell'incarico alla società ricorrente, classificatasi in seconda posizione, su tale ultima considerazione respingendo la domanda di risarcimento del danno formulata dalla ricorrente.

2. La sentenza è stata impugnata con separati ricorsi dall'Ing. *** in proprio e nella qualità di legale rappresentante dello Studio associato aggiudicatario della gara e dalla Società consortile ***.

L'originaria ricorrente si è costituita in giudizio resistendo agli appelli e riproponendo i motivi assorbiti: non ha invece proposto appello incidentale per la parte della sentenza che respinge l'istanza di risarcimento del danno per equivalente.

Alla camera di consiglio del 19 luglio 2005, sull'appello n. 4320/2005 è stata respinta l'istanza cautelare dell'appellante; successivamente, chiamati i due appelli alla pubblica udienza del 14 febbraio 2006, la Sezione - con interlocutoria n. 1875/2006, ha riunito le cause disponendo l'acquisizione in giudizio dell'atto costitutivo e lo statuto dell'appellante *****, nonché dell'atto di nomina del Consiglio di amministrazione in carica al momento della controversia sotto la presidenza del sig. Battistino Ghisu ed infine, espletato l'incombente, ha trattenuto in decisione le cause riunite, alla pubblica udienza del 17 ottobre 2006.

D
I
R
I
T
T
O

1. Preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione di sopravvenuto difetto di interesse sollevata con riferimento alla avvenuta esecuzione del contratto, cui non ha fatto riscontro - nelle forme proprie dell'appello incidentale - la riproposizione della domanda di risarcimento del danno per equivalente.

Non spiega alcun effetto ai fini dell'esistenza dell'interesse a ricorrere e della necessaria permanenza dello stesso durante tutto il processo, la circostanza che la ricorrente in primo grado non abbia impugnato, con autonomo appello, sia pure nelle forme del ricorso incidentale, il capo della sentenza che ha respinto l'istanza risarcitoria.

Nel caso in esame, poi, indipendente dalla formula adoperata nella sentenza appellata, deve essere rilevato che il giudice di primo grado non ha, del tutto, respinto l'istanza risarcitoria, ma ha, al contrario, ritenuto che l'interesse della ricorrente fosse sufficientemente coperto dalla reintegrazione, mediante l'affidamento dell'incarico, che, sebbene non statuito espressamente nella parte dispositiva della sentenza, è stato disposto in forma imperativa con la formula "lo Studio aggiudicatario va escluso dalla selezione con affidamento dell'incarico alla società ricorrente", la cui natura è poi esplicitata nella parte che respinge l'istanza di risarcimento, sulla considerazione della "mancanza di profilo di danno diversi ed ulteriori rispetto alla perdita dell'incarico".

Nel giudizio impugnatorio, cui accede la domanda di risarcimento del danno, l'essenza volitiva della sentenza, pur concentrandosi nel "dispositivo", destinato ad accogliere l'ordine formale con il quale viene data concreta attuazione al precetto normativo, trova completamento nella motivazione, che esprime il momento "logico" della sentenza, e, che, per le considerazioni in essa contenute, assume rilievo nella fase di esecuzione o di ottemperanza al giudicato, e, dunque, in caso di mancato, spontaneo adempimento, nello speciale, apposito, procedimento, davanti allo stesso giudice amministrativo, che, di fronte alla impossibilità di riparazione in forma specifica, non è impossibilitato a dare riviscenza all'alternativo risarcimento, richiesto in primo grado dall'interessato.

Nel caso in esame, è chiaro che il giudice di primo grado ha disposto l'aggiudicazione al ricorrente in primo grado, in alternativa al risarcimento per equivalente, limitatamente al danno derivante dalla perdita dell'incarico.

E' piuttosto da dire che, in assenza di appello incidentale sul punto, la domanda di risarcimento di danni ulteriori è ormai inammissibile, essendosi la sentenza pronunciata negativamente.

Il nodo relativo alla impossibilità di dare esecuzione alla statuizione che esclude dalla aggiudicazione lo Studio appellante, conferendola alla ricorrente in primo grado - in una situazione di fatto nella quale il giudizio di appello si conclude allorché si sono interamente esauriti, di fatto, gli effetti della procedura, per essere giunti a compimento le attività commesse all'aggiudicatario - deve essere necessariamente composto nella forma equivalente del risarcimento corrispondente a quanto già riconosciuto dal giudice di

primo grado, la cui quantificazione potrà essere effettuata negozialmente fra le parti o in difetto, con l'intervento del giudice dell'ottemperanza.

2. Chiariti tali aspetti, si può anche prescindere dalla eccezione di tardività del deposito dell'appello proposto autonomamente dalla società consortile che ha indetto il bando, in quanto il punto principale della questione dedotta in giudizio - che vede sulla medesima linea difensiva anche l'aggiudicatario ed, in proprio, il legale rappresentante, Ing. *** - deve essere risolto in senso conforme a quanto statuito nella sentenza appellata.

Si tratta di accertare se il principio affermato nell'art. 17, comma 9, della legge c.d. Merloni (L. n. 109 del 1994) - che vieta la partecipazione del progettista all'appalto avente ad oggetto l'affidamento dell'esecuzione dell'opera pubblica - sia espressione di una regola di carattere generale, suscettibile di applicazione nel caso in esame, avente ad oggetto l'affidamento della progettazione esecutiva e della direzione tecnica dell'intervento 4.1.A.1. "ripopolare il territorio - Progetto di marketing territoriale dell'Alto Oristanese per l'attrazione di nuovi residenti", nell'ambito del Piano di sviluppo locale, sulla cui base il * ha conseguito l'assegnazione di una quota delle risorse assegnate per l'attuazione del Programma d'iniziativa comunitaria Leader plus - Sardegna in tema di sviluppo rurale.

Il professionista e lo Studio professionale aggiudicatario, che hanno proposto congiuntamente il primo degli appelli in esame, deducano l'errore in cui sarebbe in corso il giudice di primo grado:

- nel non avvedersi, innanzitutto, che le norme che espressamente escludono dalla partecipazione alla gara il progettista (tanto in tema di lavori pubblici che in tema di pubblici servizi), attengono alla fase della realizzazione e non anche a quello della progettazione esecutiva e della direzione dei lavori che, anzi, nella previsione normativa è addirittura preferibile che siano prioritariamente affidati all'autore della progettazione definitiva;

- nell'aver desunto principi di carattere generale da una norma di settore, non suscettibile di applicazione analogica;

- nel non aver considerato altresì che il bando di gara (non impugnato) non conteneva alcuna clausola che inibisse la partecipazione ai redattori del programma, cosicché, anche a mente dell'art. 23, comma 4, ultima parte, del D.Lgs. n. 157 del 1995, la partecipazione alla gara dello Studio associato di cui si discute, non poteva essere preclusa.

A sua volta, la società consortile deduce l'inapplicabilità del citato art. 17, comma 9, L. n. 109 del 1994.

3. Per la definizione della questione, bisogna innanzitutto intendersi sul significato di “progettazione esecutiva”, cui si intitola, fra l’altro, il bando della gara in contestazione.

Invero, come chiarito dall’attuale appellato, il Piano di sviluppo locale alla cui redazione ha partecipato l’Ing. ***, in qualità di coordinatore e sulla cui base il *** ha conseguito i finanziamenti comunitari, è uno strumento di carattere generale che ha individuato misure e piani di azione per la crescita economica, sociale ed imprenditoriale della zona in cui il *** stesso è chiamato ad operare: per il raggiungimento degli obiettivi, in vista dello sviluppo del territorio, il piano ha previsto, fra l’altro, che dovesse essere elaborato un progetto di marketing territoriale che avesse le caratteristiche indicate nella misura 1.4.a.1.

Oggetto della procedura di cui si tratta non è, dunque, la redazione del progetto esecutivo in senso tecnico, bensì un intervento concreto (di cui è anche parte l’elaborazione di un progetto di marketing territoriale avente determinate caratteristiche), costituente, esso stesso, momento attuativo di una strategia pilota, nel cui ambito, l’ing. *** ha partecipato a fissare e definire le linee fondamentali.

Che l’incarico di progettazione costituisca misura attuativa e non mera progettazione esecutiva del

programma, risulta chiaramente dalla descrizione dell'intervento, nonché da "finalità ed obiettivi" indicati espressamente nel bando.

L'oggetto della gara è complesso e comprende "la presentazione di una proposta metodologica per l'assegnazione di uno studio di ricognizione sul mercato di riferimento", cui accedono il "progetto esecutivo" e "la direzione dei lavori": esula, dunque, dal presente giudizio la problematica afferente alla possibile convergenza, nel medesimo soggetto, della "progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, nonché la direzione dei lavori" (come obiettato nell'appello dell'Ing. ***, in proprio e nella qualità).

4. Ciò premesso, è fuori discussione l'obbligo, della stazione appaltante, di rispettare i principi di ordine generale, a tutela della par condicio dei concorrenti.

Ciò risulta per tabulas dal ruolo rivestito dai *** nell'ambito del Programma di iniziativa comunitaria Leader plus- Sardegna, per l'obbligo che agli stessi fa carico di procedere alla scelta dei contraenti nel rispetto dei principi dell'evidenza pubblica ai sensi della normativa nazionale e comunitaria.

Il giudice di primo grado ha desunto dall'art. 17, comma 9, della legge n 109 del 1994, un principio di carattere generale in forza del quale è viziato in radice, per violazione della par condicio, la partecipazione alla gara dello studio professionale al quale è associato l'Ing. *** (legale rappresentante e indicato nell'offerta come capo progetto), già coautore del Piano di sviluppo locale, approvato e finanziato dalla Regione Sardegna nell'ambito del programma di iniziativa comunitaria di cui si è detto.

La deduzione deve essere condivisa, ribaltando però il ragionamento. La parità di trattamento dei concorrenti è principio indefettibile di ordine generale, che ha come punto di partenza l'estraneità dei concorrenti alla strategie programmatiche dei soggetti che indicano la gara.

La regola normativa individuata dal giudice di primo grado costituisce corollario di detto principio e sua codificazione, con riferimento ad un aspetto particolare del dinamico e complesso procedimento attraverso cui si perviene, per successive tappe, alla realizzazione delle opere pubbliche.

Alla generalità del principio non osta la sua enunciazione in ipotesi tipiche, giacché esso è immanente al sistema generale della scelta dei contraenti da svolgersi con le garanzie dell'evidenza pubblica.

La tipizzazione delle differenti ipotesi non indica altro che una particolare attenzione del legislatore a fenomeni che più degli altri possono dare luogo alla distortiva partecipazione alla gara in posizione di vantaggio, a causa della ordinaria partecipazione di soggetti esterni a momenti di formazione progressiva delle linee strategiche della stazione appaltante.

Non a caso, ad esempio, nel sistema di “project financing”, in cui propriamente e specificamente il terzo si inserisce, con la proposta di finanziamento, nell’ambito delle strategie dell’Amministrazione, il proponente è tagliato fuori dalla procedura concorsuale in senso stretto (art. 37-quater, lett. a), potendo aspirare all’aggiudicazione soltanto nella fase successiva, della procedura negoziata prevista alla lett. b) dello stesso articolo.

Una regola generale di incompatibilità (per il soggetto che ha concorso a definire le linee programmatiche della stazione appaltante, a partecipare al concorso indetto per dare concreta attuazione al programma) deve essere quindi desunta direttamente dalla operatività - in tutte le gare ad evidenza pubblica - del principio in sé, per la considerazione che la “parità” finisce con l’essere esclusa in radice allorché uno dei concorrenti abbia partecipato al momento di fissazione degli obiettivi da perseguire attraverso la gara.

Pur non essendovi, infatti, immedesimazione fra stazione appaltante ed esperto (che ha partecipato alla redazione del programma che ha conseguito il finanziamento) viene a crearsi certamente una contiguità che, nella gara intesa alla attuazione del programma o di una sua parte, pone l’esperto, in partenza, in una

posizione diseguale, rispetto alla generalità dei concorrenti.

In ciò, dunque, risiede l'incompatibilità denunciata dal ricorrente e riconosciuta dal giudice di primo grado, che non richiede di essere espressamente enunciata nel bando, essendo nella conoscenza e percezione, sia dell'esperto, sia della stazione appaltante, la disuguaglianza di partenza, da cui muovono le posizioni rispettivamente, di chi ha formulato il programma e chi invece concorre per la sua attuazione, essendone rimasto totalmente estraneo.

I due appelli, dunque, devono essere respinti, sul punto.

5. Residuano eccezioni e rilievi della stazione appaltante che attengono ad eventi successivi non dedotti nel primo grado del giudizio e che, stando alle eccezioni di parte appellata, sarebbero inammissibili sulla base dell'art. 345 c.p.c.

Ritiene la Sezione che non vi sia interesse del *** alla decisione di aspetti che rimetterebbero in gioco la legittimità dell'intero impianto procedimentale per vizio della composizione della commissione

giudicatrice -dedotto dal ricorrente in primo grado ed assorbito nella sentenza appellata -
dovuto alla partecipazione del Sig. ***, investito di funzioni politiche presso uno degli enti partecipanti al
*** (sul cui la Sezione si è pronunciata in sede cautelare).

6. In definitiva gli appelli principali devono essere riuniti e respinti; le spese del giudizio, che si liquidano
in dispositivo, devono essere poste a carico degli appellanti in solido ed in favore dell'appellato.

P.

Q.

M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, confermata la
riunione degli appelli in epigrafe, li respinge;

Condanna gli appellanti, in solido, al pagamento delle spese del giudizio di appello, in favore della Soc. n.
c. *** Way di Tiziana *** & C, liquidandoli in complessivi € 6.000,00;

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 17 Ottobre 2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/03/2007

(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)

p. IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi

CONSIGLIO DI STATO -

- Sezione Quinta -

Testo massima: Nei contratti ad evidenza pubblica, l'operatività del principio della "par condicio" dei concorrenti, l'implica una regola generale in forza della quale il soggetto che ha concorso a definire le linee programmatiche della stazione appaltante, in qualità di esperto, è incompatibile a partecipare al concorso indetto per darvi concreta attuazione, per la considerazione che la "parità" finisce con l'essere esclusa in radice allorché uno dei concorrenti abbia partecipato al momento di fissazione degli obiettivi da perseguire attraverso la gara; infatti, pur non essendovi immedesimazione, fra stazione appaltante ed esperto (che ha partecipato alla redazione del programma) viene a crearsi certamente una contiguità che, nella gara intesa alla attuazione del programma o di una sua parte, pone l'esperto, in partenza, in una posizione diseguale, rispetto alla generalità dei

concorrenti.

<https://www.diritto.it/esiste-una-palese-disuguaglianza-di-partenza-tra-chi-ha-formulato-il-programma-e-chi-invece-concorre-per-la-sua-attuazione-essendone-rimasto-totalmente-estraneo-il-primo-pertanto-non-puo-partecipar/>