



REPUBBLICA ITALIANA

N.5095/08 Reg.Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Anno

IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE

N. 5782 Reg.Ric.

Sezione Quinta

Anno 2006

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5782 del 2006, proposto dall'ing. Nicola Marcello Caporali, rappresentato e difeso dagli avv.ti Cesare Robolzi e Ettore Ribolzi, elettivamente domiciliato presso il dr. Gian Marco Grez in Roma, Lungotevere Flaminio 46;

contro

il Comune di Sospiro, rappresentato e difeso dall'avv. Gabriele Pafundi e dall'avv. Vito Salvatori, elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, viale Giulio Cesare 14;

e nei confronti

della A.E.M. Gestioni s.r.l. ing. Andrea Guerreschi non costituito in giudizio;

dell'ing. Mauro Belviolandi, non costituito in giudizio;

ing. Gian Ernes Massetti, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione di Brescia, 16 maggio 2006 n. 578 resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune appellato;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visti gli atti tutti della causa;
Relatore alla pubblica udienza del 5 febbraio 2008 il consigliere Marzio Branca, e uditi gli avvocati Ribolzi e Gabriele Pafundi.
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato respinto il ricorso proposto dall'ing. Nicola Marcello Caporali per l'annullamento della procedura di selezione, indetta dal Comune di Sospiro, finalizzata all'affidamento delle prestazioni professionali di progettazione, direzione lavori, contabilità e coordinamento per la sicurezza dei lavori di realizzazione dell'impianto di depurazione comunale (I e II stralcio) nella quale è risultata vincitrice l'A.E.M. Gestioni s.r.l..

Il TAR ha ritenuto infondate tutte le censure dedotte dal ricorrente, che, conseguentemente, è risultato soccombente anche sulla domanda di risarcimento del danno.

L'ing. Caporali ha proposto appello per la riforma della sentenza assumendone l'erroneità, ed ha ribadito la domanda di risarcimento del danno.

Il Comune di Sospiro si è costituito in giudizio per resistere al gravame.

Alla pubblica udienza del 5 febbraio 2008 le parti hanno ribadito le proprie argomentazioni e la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

L'appellante ha contestato sotto vari profili l'aggiudicazione dell'incarico di progettazione e prestazioni connesse allo studio professionale controinteressato, addebitando, fra l'altro, all'offerta dallo stesso presentata di aver violato la lettera di invito per inosservanza dei minimi tariffari inderogabili, e per non aver compreso nel prezzo offerto le voci "coordinamento per la sicurezza" e "contabilità e misura".

Ritiene tuttavia il Collegio che possa prescindersi dall'esame di tali doglianze risultando fondato un diverso motivo di gravame, in cui accoglimento riveste carattere assorbente.

L'appellante ha fatto osservare che l'avviso pubblico relativo alla procedura di selezione menzionava esclusivamente – quale criterio per l'aggiudicazione dell'incarico - "l'esperienza e della capacità professionale, in relazione alla specifica tipologia del progetto da affidare", e a tal fine richiedeva la produzione di un *curriculum*, recante l'elenco e la descrizioni della pregresse prestazioni professionali dell'offerente.

Come risulta dal verbale della gara in data 27 agosto 2005, prosegue l'appellante, la selezione non ha rispettato la prescrizione dell'avviso pubblico perché il responsabile del procedimento, per un verso, ha dichiarato che i *curricula*

presentati rivelavano “una generale qualità delle figure professionali partecipanti”, affermandone la sostanziale equivalenza senza fornire sul punto la benché minima motivazione, per altro verso aggiudicava l’incarico al professionista che aveva offerto il prezzo più conveniente per l’Amministrazione.

In tal modo la scelta del professionista sarebbe avvenuta sulla base del fattore economico, non previsto dall’avviso pubblico, che a tale riguardo si limitava a stabilire che all’aggiudicatario sarebbe spettato un compenso definito secondo le tariffe professionali.

Il primo giudice aveva disatteso la censura osservando che la scelta dell’Amministrazione poteva considerarsi legittima in quanto l’aggiudicatario presentava un *curriculum* di rilievo ed aveva offerto il prezzo più conveniente.

Ad avviso del Collegio la sentenza non ha colto il significato effettivo della doglianza sollevata dal ricorrente, che ha inteso censurare l’applicazione di un criterio di scelta non preventivamente reso noto ai professionisti concorrenti.

E’ da rilevare che l’esperienza e la capacità professionale sono stati stabiliti dall’avviso pubblico come gli unici parametri che l’Amministrazione avrebbe utilizzato per la selezione, e esclusivamente ad essi pertanto doveva attenersi l’attività del responsabile della procedura nell’individuazione dell’aggiudicatario.

La generica dichiarazione di sostanziale equivalenza sotto tali profilo di tutti i candidati, oltre a risultare scarsamente attendibile in punto di fatto, si risolve nella elusione delle regole che la stessa Amministrazione aveva stabilito, aggravata dalla inopinata applicazione di un parametro, quello del prezzo più conveniente, arbitrariamente scelto dal responsabile del procedimento, in evidente violazione dei principi più elementari in tema di gare ad evidenza pubblica.

La giurisprudenza amministrativa costantemente afferma che l'informalità della gara non può dar luogo ad arbitri, dovendo comunque la scelta del contraente rispondere a criteri di logica ed attenersi a principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento (Cons. St., Sez. IV, 5 aprile 2006 n. 1789; Sez. V, 26 aprile 2005 n. 1873; 10 febbraio 2004 n. 500; 1 ottobre 2003 n. 5710; 30 giugno 2003 n. 3856; Sez. VI, 29 marzo 2001 n. 2981).

Con riguardo a fattispecie analoga a quella qui in esame è stato affermato che nelle gare per l'aggiudicazione di contratti d'appalto, anche se svolte in via ufficiosa, l'amministrazione è tenuta ad applicare le regole da essa stessa eventualmente fissate nel bando o nella lettera di invito, atteso che queste costituiscono la "lex specialis" della gara e non possono essere disapplicate nel corso del procedimento neppure nel caso in cui talune delle regole stesse risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la possibilità, in tal caso, di far luogo,

nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando (Cons. St. Sez. VI, 1 ottobre 2003 n. 5712).

Va anche sottolineato che l'offerta economicamente più conveniente, non solo non era prevista dall'avviso pubblico come criterio utilizzabile ai fini dell'aggiudicazione, ma il prezzo offerto poteva essere legittimamente considerato dai concorrenti come voce assolutamente ininfluente sull'esito della gara.

L'avviso infatti stabiliva che il compenso da corrispondere al professionista sarebbe stato calcolato "sulla base delle vigenti tariffe", di cui al decreto del Ministro della Giustizia 4 maggio 2001, e che sarebbe stato definito, quindi, imparzialmente in base a rigorosi criteri matematici.

E' dunque evidente la lesione subita dall'appellante nel suo legittimo interesse a conoscere che la gara sarebbe stata decisa in base al prezzo offerto e non secondo l'esperienza professionale dei concorrenti, come di fatto è avvenuto.

La fondatezza dell'appello conduce all'accoglimento della domanda risarcitoria, apparendo chiaro che il danno subito dall'appellante è derivato da una attività provvedimentoale colpevolmente illegittima, alla stregua di una normativa di gara del tutto chiara e non equivocabile.

Il danno non può essere risarcito in forma specifica, essendo già stato espletato l'incarico.

Il risarcimento per equivalente va commisurato alla perdita di *chance*, da quantificare, considerato il quadro dei professionisti

concorrenti, nel 50% del compenso presuntivamente calcolato dall'Amministrazione in Euro 94.000,00.

Le spese di entrambi i gradi di giudizio vanno poste a carico del Comune soccombente, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello in epigrafe, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla i provvedimenti impugnati in primo grado;

condanna il Comune di Sospiro al risarcimento del danno in favore dell'appellante nella misura indicata in motivazione ;

condanna il Comune di Sospiro al pagamento in favore dell'appellante della spese di entrambi i gradi di giudizio che liquida in complessivi Euro 3.000,00;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 febbraio 2008 con l'intervento dei magistrati:

Emidio Frascione	Presidente
Giuseppe Severini	Consigliere
Aldo Fera	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere est.
Francesco Caringella	Consigliere

L'ESTENSORE

F.to Marzio Branca

IL PRESIDENTE

F.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

F.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/10/2008

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

p.IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi