



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso RG n. 9322 del 2009, proposto dai signori Ernesto MINNUCCI, Antonio PICCIONI, Alfonso MINNUCCI, Ernesto MINNUCCI, Carlo MARSAGLIA, rappresentati e difesi dagli avvocati Paolo Borioni e Stefano Bertuzzi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Caposile, 10;

***contro***

il COMUNE di MENTANA, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Toppeta, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Roma, via Imera,16;

***nei confronti di***

del sig. Roberto PINCI,, domiciliato in Palestrina (Rm), Corso Pierluigi, n. 89, n.c.;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

- della determinazione dirigenziale n. 189 del 28.12.2007 con la quale il Comune di Mentana ha affidato l'incarico di direzione dei lavori e responsabile della sicurezza in fase di esecuzione per l'appalto di lavori di "Ristrutturazione a centro

Polivalente di Palazzo Borghese" all'Arch. Roberto Pinci nonché del relativo disciplinare d'incarico tra il Comune di Mentana e il suddetto professionista;

- della nota prot. 23737 del 27/09/2007 con la quale il Comune di Mentana ha invitato n. 5 professionisti e precisamente gli Architetti Roberto Pinci, Adriano Mauri, Fabrizio Trombetti, Michele Garofani, Enzo Donati, a presentare offerta per l'affidamento dell'incarico di direzione dei lavori e responsabile della sicurezza per il suddetto appalto;

- dei verbali del 05/12/2007, posti in essere dal Comune di Mentana afferenti le operazioni di raffronto delle n. 5 offerte pervenute in merito all'affidamento del predetto incarico;

- di tutti gli atti antecedenti, presupposti, conseguenti e, comunque connessi, ivi inclusa la nota prot. n. 30859 del 21.12.2007 e la nota prot. 26042 del 6.11.2009 e comunicata a mezzo fax in data 10.11.2009, nonché per il risarcimento del danno.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Mentana;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n.6036/2009, pronunciata nella Camera di consiglio del 17 dicembre 2010, con la quale è stata accolta la suindicata domanda cautelare;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2010 il 1^Referendario Mariangela Caminiti e uditi per la parte ricorrente l'avv. S. Bertuzzi e per il Comune resistente l'avv. P.Toppeta, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente rappresenta che a seguito di regolare procedura di gara indetta con avviso pubblico del 14 marzo 2006, l'ATI tra i professionisti Arch. Antonio Piccioni, Ing. Alfonso Minnucci, Ing. Ernesto Minnucci e Ing. Carlo Marsaglia, costituita con scrittura privata autenticata in data 16.5.2006, è risultata aggiudicataria dell'incarico di progettazione definitiva dei lavori di "Ristrutturazione a centro Polivalente di Palazzo Borghese". Anche in esecuzione delle determinazioni dirigenziali n. 62 del 15.5.2006, il Comune di Mentana ha stipulato con l'anzidetta ATI la convenzione per l'incarico professionale in oggetto (atto rep. N.6362 del 23 maggio 2006). In seguito a ciò l'ATI ha adempiuto all'incarico conferito con la consegna di tre elaborati che sono stati validati dall'Amministrazione comunale con il verbale del 12 giugno 2006.

Con determinazione dirigenziale n.90 dell'11 agosto 2006 il progetto definitivo è stato approvato dal Comune di Mentana con contestuale liquidazione delle fatture emesse dai professionisti incaricati.

Con determinazione n.29 del 21 febbraio 2007 il Comune ha integrato l'incarico di cui alla originaria determina del 15 maggio 2006, commissionando anche la redazione dei Piani della Sicurezza e di Coordinamento in fase di progettazione dei lavori in oggetto, inoltre ha approvato il relativo disciplinare di incarico e, a fronte dell'adempimento dell'ATI, il Comune con delibera di GM n.27 del 26 febbraio 2007 ha approvato nuovamente il progetto completo dei detti Piani.

Sulla base della progettazione così redatta dal ricorrente, il Comune ha bandito la gara funzionale alla scelta dell'appaltatore per l'esecuzione delle relative opere pubbliche, a cui è seguita l'aggiudicazione definitiva con D.D. n. 71 del 20 aprile 2007.

Esponde il ricorrente che, a seguito di accesso agli atti in data 11 maggio 2009 e in data 8 luglio 2009, lo stesso è venuto a conoscenza dell'esistenza della D.D. n. 189 del 28.12.2007 con la quale il Comune ha affidato l'incarico di direzione lavori e

responsabile alla sicurezza in fase di esecuzione per l'appalto dei lavori di "Ristrutturazione a centro Polivalente di Palazzo Borghese" all'Arch. Roberto Pinci, con studio in Palestrina nonché della nota prot. n. 23737 del 27.9.2007 con la quale il Comune ha invitato n.5 professionisti a presentare offerta per l'affidamento dell'incarico di direzione lavori e responsabile della sicurezza in fase di esecuzione per il suddetto appalto di lavori.

Con lettera racc.ta del 2.10.2009 il ricorrente ha presentato istanza ai sensi dell'art.130 del D.Lgs. n. 163 del 2006 per l'affidamento dell'incarico della direzione lavori e di responsabile della sicurezza, ma tale istanza non ha avuto riscontro, nonostante il sollecito.

In seguito, il Comune con nota prot. 26042 del 6.11.2009 ha fornito risposta all'istanza comunicando il rigetto alla richiesta di affidamento dell'incarico di direzione lavori avanzata dal ricorrente.

Pertanto, il sig. E. Minnucci, in proprio e in qualità di mandatario e capogruppo dell'ATI suindicata, si è rivolto a questo Tribunale proponendo ricorso avverso i suddetti atti, meglio indicati in epigrafe, deducendo le seguenti censure:

*1) Violazione e/o falsa applicazione dell'art.130 del D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163 e succ. mod.; Violazione e/o falsa applicazione dell'art.27, comma 2 della Legge 11 febbraio 1994, n. 109 e succ. mod. in tema di corretto affidamento dell'incarico di direzione lavori. Eccesso di potere sotto i connessi e concorrenti profili della carenza , contraddittorietà ed irragionevolezza. Ingiustizia manifesta, superficialità e sviamento; 2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art.10 bis della legge n. 241 del 1990 e succ. mod.; Eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità e dell'errore sui presupposti di fatto e di diritto, contraddittorietà e incongruenza della motivazione, sviamento, ingiustizia manifesta, in quanto gli atti impugnati risulterebbero illegittimi e adottati in violazione della normativa rubricata risultando l'azione amministrativa posta in essere dal Comune, volta al conferimento dell'incarico di direzione lavori e responsabile della sicurezza a soggetto diverso dai ricorrenti già incaricati della*

progettazione definitiva dei lavori di ristrutturazione in questione, in contrasto con i principi postulati in materia di appalti e in violazione delle regole procedurali.

Conclusivamente parte ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni.

Si è costituito in giudizio il Comune di Mentana intimato per resistere al ricorso e ha controdedotto alle censure attoree eccependo, preliminarmente, profili di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse.

Con ordinanza n. 6036/2009, pronunciata nella Camera di consiglio del 17 dicembre 2009, è stata accolta la richiesta di sospensione dei provvedimenti impugnati ed è stata fissata l'udienza pubblica per la decisione del merito alla data dell'11 marzo 2010, rinviata alla successiva udienza del 20 maggio 2010.

In prossimità dell'udienza pubblica dell'11 marzo 2010 il ricorrente ha depositato memoria conclusionale insistendo sulle proprie posizioni difensive.

Alla pubblica udienza del 20 maggio 2010, il ricorso è stato introitato per la decisione.

2. Esaminando il ricorso nel merito occorre preliminarmente affrontare la questione dell'inammissibilità dello stesso per carenza di interesse sollevata dall'Amministrazione comunale resistente secondo cui non sussisterebbe l'interesse ad agire di parte ricorrente trovando applicazione l'art.91, comma 6, del codice dei contratti pubblici, posto che l'Avviso per l'affidamento dell'incarico di progettazione dell'opera non faceva alcuna menzione alla possibilità di affidamento diretto dell'incarico di direzione lavori e coordinamento della sicurezza al progettista già incaricato ed essendo il valore delle "Spese tecniche" (euro 222.642,29) superiore al valore della soglia comunitaria in tema di servizi. Sostiene così il Comune di avere correttamente dato luogo all'affidamento dell'incarico di direzione lavori mediante procedura negoziata ad evidenza pubblica senza nulla a poter pretendere da parte ricorrente.

Quest'ultima dal canto suo ritiene che l'Amministrazione sia caduta in errore fondando l'applicazione della suddetta norma sull'ammontare indistinto delle c.d. spese tecniche, previste per la realizzazione dell'opera pubblica pari ad euro 222.642,29, mentre parte ricorrente dimostra che detta cifra attiene ad una voce del conto economico indeterminata rispetto alle prestazioni dettagliatamente richiamate nel predetto art.91, comma 6, offrendo altresì prova documentale dell'importo del valore della detta attività di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione (pari a euro 187.810,18) inferiore alla soglia di applicazione della direttiva comunitaria in materia.

Alla luce di ciò, come meglio si vedrà nel prosieguo, sussiste in capo alla parte ricorrente la posizione differenziata e il concreto interesse ad ottenere l'annullamento degli atti impugnati e di potersi vedere affidare l'incarico, con conseguente legittimazione a ricorrere (cfr. da ultimo, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 11 gennaio 2010 , n. 11; idem, sez. III, 3 marzo 2010 , n. 521; T.A.R. Piemonte, sez. I, 1° marzo 2010 , n. 1297).

2.1. Scendendo così all'esame del contenuto delle censure sollevate con il gravame si osserva che parte ricorrente con il primo motivo deduce la violazione delle specifiche norme in materia di appalti in tema di corretto affidamento dell'incarico di direzione lavori nonché l'eccesso di potere sotto svariati profili, come meglio indicati in fatto; lamenta, in particolare, che nonostante l'incarico della progettazione definitiva dei lavori in capo all'ATI ricorrente il Comune avrebbe proceduto al conferimento dell'incarico di direzione lavori e responsabile della sicurezza in fase di esecuzione in favore di altro professionista, motivando nella lettera di invito impugnata la scelta in relazione alla specificità dell'intervento e alla carenza di organico degli Uffici Tecnici comunali nonché alla circostanza che l'importo dell'incarico era inferiore a 100.000,00 euro e non rientrante tra quelli di

cui all'art.91, comma 1 del codice dei contratti pubblici ; tale procedimento, secondo parte ricorrente, si porrebbe in contrasto con i principi del codice degli appalti e, in particolare, con l'art.130, comma 2 laddove è privilegiato il cumulo delle funzioni di progettista e direttore lavori.

Tali doglianze appaiono fondate per le considerazioni di seguito riportate.

Esaminando la lettera di invito resa con nota prot. n. 23737 del 27.9.2007 nonché la successiva determina n. 189/2007 impugnate emerge che l'incarico è stato affidato all'Arch. R. Pinci per l'importo al netto del ribasso del 5,5 per cento di Euro 90.720,00 oltre il 2 per cento Euro 1.814,40 per CNPAIA oltre IVA 20 per cento Euro 18.506,88 per un totale di Euro 111.041,28.

Al riguardo, occorre osservare che in materia l'art.130 del codice dei contratti pubblici dispone in capo alla P.A. un ordine di priorità nell'affidamento dell'incarico di direzione dei lavori: in primo luogo ai propri dipendenti o di altra amministrazione convenzionata, poi al progettista incaricato e, soltanto, in via residuale, a soggetti esterni, comunque scelti nel rispetto delle norme comunitarie (cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 6 maggio 2009, n.419).

Il Comune resistente non sembra smentire l'applicabilità di detta norma, ma ammette l'applicabilità anche dell'art.91, comma 6 del predetto codice il quale stabilisce che *nel caso in cui il valore delle attività di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione superi complessivamente la soglia di applicazione della direttiva comunitaria in materia, l'affidamento diretto della direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione al progettista è consentito soltanto ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione.* Orbene, a nulla rileva quanto sostenuto dall'Amministrazione comunale resistente riguardo la mancata menzione nel bando di gara circa la possibilità di affidamento diretto al progettista della direzione dei lavori e

coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione né che il valore di riferimento delle “spese tecniche” superi la soglia di applicazione della direttiva.

A tale ultimo riguardo, occorre osservare che l'importo indicato dal Comune resistente riferito alle “Spese tecniche” (Euro 222,642,29) si riferisce ad una voce indeterminata, comprensiva sia degli importi relativi alle prestazioni di cui all'art.91, comma 6 richiamato che altre voci differenti.

Orbene, richiamando le singole voci indicate nella predetta disposizione, dalla documentazione in atti emerge che il valore dell'attività di progettazione è pari a Euro 51.989,40 compresi IVA e CNPAIA (vedi convenzione incarico per progettazione definitiva 23 maggio 2006); il valore dell'attività di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione è pari a Euro 24.779,50 compresi IVA e CNPAIA (vedi determina n. 29 del 21.2.2007 di integrazione dell'incarico); il valore della direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione è pari ad un totale di euro 111.041,28, compresi IVA e CNPAIA (vedi determina n. 189 del 18.12.2007 di conferimento incarico all'arch. R.Pinci).

Di conseguenza, nella specie, non trova applicazione la richiamata disposizione di cui all'art.91, comma 6 del codice dei contratti non configurandosi le condizioni in essa indicate, confermando così l'applicabilità dell'art.130 del medesimo codice, in quanto la somma dei valori delle tre voci previste nel predetto art.91 relative all'attività di progettazione, all'attività di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e alla direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, è pari a Euro 187.810,18 (51.989,40 + 24.779,50 + 111.041,28), importo inferiore alla soglia di applicazione della direttiva comunitaria in materia.

Dalla fondatezza del primo motivo di impugnazione deriva l'accoglimento del ricorso, con assorbimento del secondo motivo riguardante i vizi procedurali e degli altri profili di gravame non espressamente esaminati in quanto ritenuti ininfluenti e



irrilevanti ai fini della decisione; conseguentemente, vanno annullati gli atti impugnati.

Quanto all'istanza risarcitoria si osserva che parte ricorrente ha chiesto di essere reintegrato nell'affidamento dell'incarico in questione in suo favore atteso che l'appalto di lavori su cui si inserisce l'incarico contestato non risulterebbe avviato non essendo ancora sgomberati i locali e sospesi i lavori stessi, senza quindi lo svolgimento di alcuna attività professionale da parte del Direttore dei lavori incaricato; in via subordinata, ha formulato istanza di risarcimento del danno per equivalente quantificandolo nell'ammontare.

Al riguardo, osserva il Collegio che le suddette circostanze rappresentate relative allo stato dell'affidamento non risultano smentite dall'Amministrazione comunale resistente e, pertanto, alla luce di quanto a tutt'oggi rilevato, va disposta in base ai principi generali in materia la sostituzione della parte controinteressata con l'attuale parte ricorrente ai fini dello svolgimento dell'incarico in questione, quale reintegrazione in forma specifica della detta parte che ha ottenuto la statuizione dell'annullamento degli atti (cfr. Cons. Stato, Ad.Plen. 30 luglio 2008, n. 9; idem, Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 3 febbraio 2009, n. 1014; Tar Campania, Napoli, sez. I, 6 maggio 2009, n. 2376; idem, sez. VII, 5 maggio 2010, n. 2668). Conseguentemente, va respinta la domanda risarcitoria per equivalente attesa la disposta reintegrazione in forma specifica, essendo il richiesto risarcimento per equivalente rimedio solo sussidiario (cfr. da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 1° aprile 2010, n. 5414)

L'esito complessivo del giudizio giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Roma, sez. II bis, definitivamente pronunciandosi sul ricorso in epigrafe, così dispone:

- lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;
- accoglie la domanda di risarcimento dei danni nei termini di cui in motivazione;
- dispone la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 20 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Eduardo Pugliese, Presidente

Raffaello Sestini, Consigliere

Mariangela Caminiti, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2010

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

IL SEGRETARIO