

REPUBBLICA ITALIANA

N. 7089/06 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 3190 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta
ha pronunciato la seguente

ANNO 2005

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 3190/2005 del 20 aprile 2005, proposto
dalla sig.ra CLEMENTINA FERRARO rappresentata e difesa
dall'avv. Luigi Diego Perifano con domicilio eletto in Roma via
Cosseria n. 12 presso l'avv. Alfredo Placidi;

CONTRO

- il sig. FORGIONE MENNATO rappresentato e difeso dall'avv.
Filippo Masotta con domicilio eletto in Roma via dei Vaccinari
n. 19 presso l'avv. Cosimo Rillo,
- la COMUNITA' MONTANA del TABURNO rappresentata e
difesa dagli avv.ti Fabrizio Crisci, Lucio Crisci con domicilio
eletto in Roma via Nicastro, n. 3 presso Carlo Voccia,

per la riforma

della sentenza del TAR CAMPANIA-NAPOLI: Sezione II n.
525/2005, concernente AFFIDAMENTO INCARICO
PROGETTAZIONE REALIZZAZIONE PIANO FORESTALE
2004;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del sig. FORGIONE
MENNATO e della COMUNITA' MONTANA DEL
TABURNO;

Vista l'ordinanza n. 26835/2005;

Viste le memorie difensive,

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo di decisione n. 594/2005,

Alla pubblica udienza del 25 novembre 2005, relatore il Consigliere Nicola Russo ed uditi, altresì, gli avv.ti CeceroG. per delega Perifano e L. Crisci;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso al TAR Campania, sede di Napoli, il sig. Forgiane Mennato impugnava gli atti della procedura selettiva indetta dalla Comunità Montana del Taburno (BN) in vista dell'affidamento dell'incarico di progettazione di rimboschimento e di manutenzione ai rimboschimenti di cui al piano forestale 2004.

All'esito dell'espletata gara, cui partecipavano solo due concorrenti, l'incarico in argomento veniva conferito alla controinteressata, dr.ssa Clementina Ferraro.

Avverso i suddetti atti, il ricorrente articolava le seguenti censure:

1) *violazione di legge per falsa applicazione dell'art. 17 comma 12 della legge 109/1994;*

La tipologia degli interventi da realizzare – rimboschimento e manutenzione del rimboschimento -renderebbe inconferente il rinvio alla disciplina prevista per la progettazione di lavori pubblici;

2) *violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 151 comma 4°, dell'art. 183 commi 8 e 9, del d. lgs. 267/2000; violazione di legge per vizio del procedimento;*

Difetterebbe il visto di regolarità contabile attestante la copertura finanziaria.

3) *violazione di legge per mancata applicazione del combinato disposto dell'art. 17 comma 12 della legge 109/1994 e dell'art. 62 comma 1 del d.p.r 554/1999; violazione del principio costituzionale di trasparenza dell'azione amministrativa e dell'art. 1 della legge 241/1990; violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 17 commi 10, 11 e 13 della legge 109/1994; eccesso di potere per travisamento del dato fattuale e giuridico;*

L'Amministrazione intimata non avrebbe dato adeguata pubblicità all'avviso selettivo;

4) *violazione di legge per mancata applicazione del combinato disposto dell'art. 17 comma 12 della legge 109/1994 e dell'art. 62 del d.p.r 554/1999; violazione di legge per mancata applicazione dei principi costituzionali di imparzialità, di trasparenza e di buona amministrazione;*

L'Amministrazione intimata avrebbe omesso di predeterminare i criteri di valutazione dei curricula dei partecipanti;

5) *violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 17 comma 12 della legge 109/1994; violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 3 della legge 241/1990; violazione di legge*

per mancata applicazione del principio di trasparenza, sancito dall'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per difetto di istruttoria, per motivazione insufficiente, incongrua, contraddittoria, apodittica, dubbiosa ed illogica.

Non risulterebbe esplicitata la motivazione circa l'indefettibile attività di verifica dell'esperienza e della capacità professionale dei partecipanti.

6) violazione della lex specialis per assoluta genericità dell'avviso di selezione; violazione del principio costituzionale di trasparenza; violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 17 comma 14 ter e comma 14 quater della legge 109/1994; eccesso di potere per sviamento, per ingiustizia ed illogicità manifesta;

Gli atti di gara non indicherebbero il valore dei lavori da eseguire e, quindi, non consentirebbero di determinare il criterio seguito per la fissazione dei corrispettivi posti a base di gara.

Sulla scorta delle suesposte censure la parte ricorrente chiedeva, dunque, l'annullamento degli atti di gara ed il risarcimento dei danni da liquidare in via equitativa.

Si costituiva in giudizio la Comunità Montana del Taburno, che chiedeva il rigetto del ricorso, mentre non si costituiva la controinteressata, dr.ssa Clementina Ferraro.

Il TAR adito, con sentenza n. 525/2005 del 31 gennaio 2005, resa in forma semplificata, disattesa l'eccezione di inammissibilità formulata dalla Comunità Montana del Taburno, riteneva il

ricorso parzialmente fondato e, pertanto, lo accoglieva nei limiti indicati in motivazione, annullando gli atti impugnati e, invece, respingeva la contestuale richiesta di risarcimento danni azionata dal ricorrente, compensando le spese di lite.

Con ricorso notificato il 18 aprile 2005 e depositato il 20 aprile successivo, la controinteressata dr.ssa Clementina Ferraro ha impugnato la prefata sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone l'annullamento e/o la riforma, con ogni conseguente statuizione, anche in ordine alle spese del doppio grado.

Successivamente, con ricorso notificato in data 30 maggio 2005, ha proposto appello incidentale la Comunità Montana del Taburno, che ha chiesto l'annullamento della predetta sentenza, con conseguente rigetto del ricorso di primo grado e con vittoria delle spese, diritti ed onorari del doppio grado di giudizio.

Anche il dr. Mennato Forgiane, nel costituirsi in giudizio, ha proposto appello incidentale con ricorso notificato il 15 giugno 2005, chiedendo che, in riforma parziale della sentenza di primo grado, vengano condannati la Comunità Montana e la dr.ssa Ferraro al risarcimento dei danni in suo favore, da liquidarsi mediante apposita C.T.U., o, comunque, in via equitativa.

Con ordinanza n. 2685 del 7 giugno 2005 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

Le parti hanno depositato memorie illustrative in vista

dell'udienza di discussione, tenutasi il 25 novembre 2005, data in cui la causa è stata trattenuta in decisione.

In data 26 novembre 2005 è stato pubblicato il dispositivo con il n. 594/2005.

DIRITTO

L'appello principale è fondato e merita di essere accolto.

Occorre muovere, preliminarmente, dalla disamina del profilo della giurisdizione del giudice amministrativo, questione che, seppur non adombrata dall'appellante, è, comunque, rilevabile d'ufficio.

Oggetto di trattazione è l'affidamento diretto e "fiduciario" di incarichi di progettazione, consentito sotto l'ulteriore soglia individuata dal legislatore (40.000 ECU secondo la c.d. legge Merloni-ter portati a 100.000 EURO dalla l. 166/02) al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria; non per questo non trova spazio una tipica fase procedimentale amministrativa, volta alla "verifica dell'esperienza e della capacità professionale" di coloro che hanno ritenuto di dover rispondere all'avviso pubblico, e che sfocia in una scelta del progetto da affidare che non può essere priva, parimenti per legge, di congruo corredo motivazionale.

Del resto la Sezione ha già evidenziato, in termini generali, come il corretto esercizio, da parte dell'Amministrazione, della potestà di scelta di un professionista cui affidare un incarico costituisce, per tutti coloro che abbiano fatto domanda ed aspirino al conferimento, oggetto di una posizione di interesse legittimo

azionabile dinanzi al giudice amministrativo (cfr. Cons. St., V, 3 febbraio 1999, n. 112).

Rientra, in definitiva, nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il conferimento di un incarico di progettazione che consegue all'esperienza di apposita procedura amministrativa attivata con apposito avviso pubblico della stessa Amministrazione, anche se tale procedura non può indubbiamente assimilarsi ad una vera e propria procedura concorrenziale secondo i criteri dell'evidenza pubblica.

Nel caso di specie risulta evidente come il conferimento dell'incarico professionale di progettazione, seppur di natura "fiduciaria", non sia stato operato dall'Amministrazione nell'esercizio di una attività di mero diritto privato, bensì di un'attività adeguatamente pubblicizzata e "procedimentalizzata".

Tanto premesso in punto di giurisdizione, deve ora passarsi ad esaminare il merito, vale a dire la fondatezza dell'appello.

Il TAR Campania ha accolto il ricorso sul rilievo "assorbente" della "genericità" della natura dell'incarico da conferire, e ciò perché la tipologia dei lavori da eseguire non sarebbe stata compiutamente individuata.

E, invece, come fondatamente dedotto sia dall'appellante principale, dr.ssa Ferraro, che dall'appellante incidentale, Comunità Montana, sia nella determina con cui è stata bandita la selezione, che nel successivo avviso pubblico, è espressamente

precisato che l'attività di progettazione richiesta concerne "*opere di rimboschimento e manutenzione ai rimboschimenti esistenti*", secondo le previsioni del Piano Forestale 2004.

Quanto alla natura delle opere suddette, il legislatore le ha inquadrate tra le opere pubbliche di cui alla L. n. 109 del 1994 e succ. mod.ni e integr.ni.

In particolare, il D.P.R. n. 554/1999, recante il regolamento di attuazione della l. n. 109/1994, all'art. 2, co. 1 lett. f), contiene una specifica e puntuale definizione delle opere "*di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica*": tali sono quelle destinate al risanamento o alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio, compresi, ovviamente, gli interventi sul patrimonio boschivo (innesto di nuove piante, manutenzione degli impianti esistenti, ecc.).

Pertanto, trattandosi di progettazione di opere ordinariamente previste dalla legge in materia di lavori pubblici, correttamente la Comunità Montana ha deliberato di affidare il relativo incarico con le modalità previste dall'art. 17, co. 12, della legge n. 109/94 e dall'art. 62 del D.P.R. n. 554/99 cit.

Infondati, dunque, appaiono i rilievi, contenuti nella sentenza impugnata, in ordine ad una pretesa genericità dell'oggetto e delle modalità di affidamento dell'incarico in questione, tenuto conto che, sia nella determina dirigenziale di indizione della selezione, che nel successivo avviso pubblico, risultano precisamente indicati:

- a) gli interventi da progettare, concernenti, come detto, la difesa ambientale ed il risanamento e la salvaguardia del paesaggio boschivo (D.P.R. n. 554/99, art. 2, co. 1 lett. f);
- b) la procedura da seguire per l'affidamento dell'incarico, con espresso richiamo all'art. 17, co. 12, della L. n. 109/94;
- c) l'ammontare del compenso annuo per le prestazioni professionali richieste, pari ad euro 10.000,00 (diecimila).

Rileva, inoltre, il TAR Campania che, nel caso di specie, la soluzione prescelta per dare pubblicità all'avviso di selezione, ovvero l'affissione all'albo pretorio dell'Ente per 10 giorni consecutivi, deve considerarsi inadeguata quanto *“ai tempi ed alla forma”*.

Ora, in disparte il rilievo dell'appellante, secondo cui il ricorrente in primo grado dr. Forgione ha avanzato domanda di partecipazione alla selezione esattamente nei termini temporali previsti dall'avviso pubblico (e alla gara hanno partecipato solo la dr.ssa Ferraro e il dr. Forgione), deve dirsi che, proprio sulla specifica questione della idoneità dell'affissione all'albo pretorio, quale forma di pubblicità per procedure selettive finalizzate all'attribuzione di incarichi professionali per un corrispettivo stimato inferiore ad euro 40.000,00, è intervenuta la pronuncia di questa Sezione n. 500 del 10 febbraio 2004, la quale ha ritenuto la correttezza dell'operato di un'Amministrazione comunale (Montepaone, in provincia di Catanzaro), che aveva provveduto all'affidamento di un incarico professionale previa pubblicazione

del relativo avviso sull'albo pretorio, affermando che tali controversie attengono all'affidamento non dei semplici incarichi di progettazione sotto soglia comunitaria, per i quali non può prescindersi, indubbiamente, dalla prefissazione di criteri di valutazione, ma di quegli incarichi che si collocano al di sotto dell'ulteriore soglia individuata (nei termini sopra esposti) dal legislatore nazionale (c.d. incarichi di ultima fascia), per i quali, ai sensi di legge, comprensibili esigenze di semplificazione amministrativa consentono alla stazione appaltante l'affidamento a soggetti "di loro fiducia", assolti - come nella fattispecie in argomento - i soli oneri della verifica dell'esperienza e della capacità professionale e della motivazione in relazione al progetto da affidare.

Per l'attribuzione di incarichi di progettazione al di sotto di questa ulteriore soglia, il legislatore, dunque, non prescrive l'esperimento di una formale procedura di aggiudicazione né, in ogni caso, dettagliati adempimenti preliminari, quali un'espressa e puntuale determinazione di ulteriori e più specifici criteri di scelta da parte della stazione appaltante (cfr. Cons. St., sez. V, dec. n. 500/2004 cit.).

Come, poi, fondatamente dedotto dall'appellante, la sentenza impugnata merita censura anche nella parte in cui ha accolto il ricorso di primo grado con riguardo alla presunta carenza di motivazione delle valutazioni operate dall'Amministrazione intimata.

In particolare, appaiono privi di pregio i rilievi critici, contenuti nella sentenza impugnata, in ordine alla mancata applicazione, ai fini della scelta del professionista cui affidare l'incarico *de quo*, di “*parametri di verifica dell'esperienza e della capacità professionale*”, posto che, come fondatamente sostenuto dagli appellanti dr.ssa Ferraro e Comunità Montana, nella specie il raffronto tra i *curricula* dei (due) partecipanti alla selezione non si è reso necessario, siccome, in via preliminare, l'Amministrazione ha escluso la possibilità di affidare l'incarico al dr. Forgione, e ciò a causa del venir meno del rapporto di fiducia necessario ed indispensabile per l'espletamento del medesimo, a seguito del contenzioso da questi instaurato contro l'Amministrazione ed insorto proprio nell'ambito dell'attività di progettazione per cui si controverte, relativa agli anni dal 1999 al 2004, venir meno del rapporto di fiducia attestato dalla nota del 29 aprile 2004 n. 1735, a firma del Presidente e dell'Assessore alla Forestazione della Comunità Montana del Taburno, in cui esplicitamente si richiama “*una situazione di incompatibilità che ostacola il raggiungimento della massima efficacia ed efficienza per le attività poste in essere*”.

Va, invero, rimarcato che l'incarico per cui è causa viene attribuito con criterio fiduciario, ovvero dando assoluta prevalenza al grado di affidamento che il committente ripone non solo nella capacità del professionista, ma anche nella sua attitudine a sviluppare una collaborazione improntata al rispetto

reciproco dei principi di lealtà e buona fede. Per l'attribuzione di incarichi di progettazione di c.d. ultima fascia, previsti dall'art. 17, comma 12, l. 11 febbraio 1994, n. 109, il legislatore non prescrive, infatti, l'esperimento di una formale procedura di aggiudicazione, né, in ogni caso, un'espressa e puntuale predeterminazione di ulteriori e più specifici criteri di scelta da parte della stazione appaltante, potendo, appunto, l'affidamento avvenire a soggetti di fiducia.

Ora, senza voler minimamente entrare nel merito della legittimità delle pretese avanzate dal dr. Forgione, è certo che esse hanno causato la irreversibile compromissione del rapporto fiduciario che presiede il contratto d'opera avente ad oggetto le prestazioni professionali *de quibus*, per cui del tutto correttamente l'Amministrazione ha valutato negativamente il comportamento mantenuto dal professionista nello svolgimento di precedenti incarichi di progettazione equivalenti a quello da attribuire.

Per effetto di quanto precede, l'unico incombente che doveva assolvere chi era preposto all'espletamento della selezione, era quello di valutare le capacità professionali e l'attitudine a svolgere l'incarico dell'altra concorrente, dr.ssa Ferraro.

Essendo risultata l'appellante, sulla base del *curriculum* prodotto, in possesso di idonea qualificazione, giustamente le è stato conferito l'incarico per cui è causa.

Infine, quanto all'altro assunto, ritenuto fondato dal Tribunale, concernente la validità formale della delibera di indizione della

selezione, asseritamene inficiata dalla mancanza del visto attestante la copertura finanziaria della spesa occorrente per l'acquisizione della prestazione professionale, in disparte la circostanza che l'imputazione della spesa risulta indicata nella suddetta determina (*"la spesa occorrente ricade sui fondi del Piano Forestale 2004"*), l'omissione del visto di che trattasi non vale, comunque, ad invalidare l'attribuzione dell'incarico, anche perché il rapporto si è perfezionato a seguito della sottoscrizione di apposito contratto. E, del resto, trattandosi di acquisizione di servizi professionali, la relativa spesa può essere, all'occorrenza, successivamente regolarizzata, come consente il T.U. n. 267/2000 (art. 194).

Essendo, dunque, fondati nel merito gli appelli, principale della dr.ssa Ferraro ed incidentale della Comunità Montana, con conseguente riforma della sentenza impugnata e rigetto del ricorso proposto dal dr. Forgione, di conseguenza deve ritenersi infondato anche l'appello incidentale da quest'ultimo interposto, quale vincitore del giudizio di primo grado, per la parziale riforma della sentenza medesima nella parte in cui ha rigettato la domanda di risarcimento danni, anch'essa avanzata in prime cure, essendo, appunto, infondata la pretesa sostanziale che ne sta a fondamento.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese, diritti ed onorari del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie gli appelli della Sig.ra Ferraro e della Comunità Montana del Taburno e, per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado. Respinge l'appello incidentale del sig. Forgione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 25 novembre 2005 con l'intervento dei Sigg.ri:

Agostino Elefante	Presidente
Corrado Allegretta	Consigliere
Claudio Marchitiello	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere estensore

L'ESTENSORE

f.to Nicola Russo

IL PRESIDENTE

f.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 1° dicembre 2006
(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)
IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale