

N. 00297/2016 REG.PROV.COLL.
N. 00094/2016 REG.RIC.



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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 94 del 2016, proposto da:

Ordine degli Ingegneri della Provincia di Perugia, Ing. Sergio Salvatori, rappresentati e difesi dall'avv. Francesco Augusto De Matteis, con domicilio eletto presso Francesco Augusto De Matteis in Perugia, via Bonazzi, 9;

contro

Comune di Assisi, rappresentato e difeso dall'avv. Tosca Molini, con domicilio eletto presso Isabella Sorbini in Perugia, via Palermo s.n.c.;

nei confronti di

Vincenzo Tintori, Stefano Torrini, Paolo Gattini, Paolo Felici;

per l'annullamento

previa sospensiva

- della determinazione n. 1111 del 17.12.2015, con la quale il Dirigente del Settore Infrastrutture del Comune di Assisi ha promosso, ai sensi del

combinato disposto degli artt. 91, 120, comma 2-bis, e 125, comma 11, D.lgs 12.4.2006 n. 163 e ss.mm.ii. "..... un'indagine di mercato diretta ad individuare un professionista esterno a cui affidare l'incarico per il collaudo statico e tecnico-amministrativo in corso d'opera dei lavori di mitigazione del rischio idrogeologico in località torgiovannetto.....";

- del verbale relativo alla seduta dell'11.1.2016 (recante tra l'altro l'aggiudicazione provvisoria) e della determinazione n. 12 del 18.1.2016, con la quale, preso atto di quanto sopra, il predetto Dirigente ha dichiarato aggiudicatario in via definitiva il dott. Ing. Vincenzo Tintori;
- della nota prot. n. 3356 del 29.1.2016 con la quale il Dirigente del Settore Infrastrutture, il Responsabile Unico del Procedimento ed il Responsabile dell'ufficio Legale, hanno respinto l'istanza di riesame avanzata il 26.1.2016 ai sensi dell'art. 243-bis D.lgs n. 163/2006, dall'ordine degli ingegneri di Perugia e da un altro concorrente;
- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso, conseguente e/o collegato, inclusi - ove occorra e sempre nei limiti di cui infra - l'elenco allegato alla determinazione n. 1111/2015 la lettera - invito prot. n. 44560 in data 18.12.2015, la nota prot. n. 1192 del 13.1.2016, con la quale il Responsabile Unico del Procedimento ha dato comunicazione ai concorrenti ammessi, incluso il dott. Ing. Sergio Salvatori, dell'esito della gara, le determinazioni dirigenziali n. 1025 del 1.12.2015 e n. 1052 del 4.12.2015 ed ogni eventuale altro provvedimento con cui i n. 4 dipendenti pubblici ammessi sono stati invitati e, comunque non esclusi dalla gara;

nonché per l'inibitoria della stipula del contratto destinato a regolamentare l'incarico in palio e la declaratoria di inefficacia del contratto in ipotesi *medio tempore* stipulato;

e con espressa riserva di avanzare in prosieguo, entro il termine di legge

e qualora non fosse più possibile inibire o interrompere le attività oggetto dell'incarico in palio, domanda di risarcimento dei danni per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2016 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. in merito alla decisione in forma semplificata del ricorso;

RILEVATO:

- che con il ricorso in epigrafe, l'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Perugia, unitamente all'Ing. Sergio Salvatori, hanno impugnato gli atti del procedimento per l'affidamento dell'incarico di collaudo statico e tecnico amministrativo in corso d'opera dei lavori di mitigazione del rischio idrogeologico in località Torgiovanetto, indetto dal Comune di Assisi mediante indagine di mercato, con criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ed importo a base di gara di 30.370,00 euro (comprensivo del rimborso delle spese);
- l'Amministrazione comunale ha invitato a formulare offerta n. 12 ingegneri attingendo all'elenco regionale istituito ai sensi degli artt. 20 e 21 della L.R. 21 gennaio 2010 n. 3, tra cui il ricorrente Ing. Salvatori, poi classificatosi al quinto posto all'esito della selezione;
- che, in particolare, l'azione di annullamento ha ad oggetto la determinazione n. 12 del 18 gennaio 2016 con cui la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore dell'Ing. Vincenzo

Tintori, dipendente del Comune di Bastia Umbra, unitamente a tutti gli atti del procedimento ivi compresa la stessa lettera di invito del 18 dicembre 2015;

- che a sostegno del ricorso la ricorrente deduce articolate doglianze di violazione di legge (artt. 120 comma 2-bis Codice contratti pubblici anche in relazione agli artt. 90 commi 1, 2 e 8 e 91 comma 1, artt. 20 e 21 L.R. Umbria n. 3/2010) violazione o errata applicazione della determinazione dell'Autorità di Vigilanza n. 2 del 2009 oltre che di eccesso di potere sotto vari profili, così riassumibili:

- l'incarico di collaudo in esame potrebbe essere affidato soltanto ai soggetti indicati nell'art. 90 del D.lgs. 163/2006 e s.m. che non ricomprende i dipendenti pubblici, come peraltro statuito anche dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici con la determinazione n. 2 del 2009;

- la procedura selettiva impugnata, aperta alla partecipazione anche di tecnici dipendenti di altre amministrazioni aggiudicatrici, uno dei quali dichiarato aggiudicatario, costituirebbe procedimento del tutto "atipico" in contrasto con la surrichiamata disciplina in materia di affidamento dei servizi tecnici;

- che si è costituito il Comune di Assisi, chiedendo il rigetto del gravame, in sintesi evidenziando di non aver provveduto alla stipulazione del contratto con il vincitore nonostante la particolare urgenza connessa alla strumentalità del collaudo a lavori di messa in sicurezza di area "a elevato rischio di fenomeni franosi"; nel merito, oltre ad eccepire il difetto di legittimazione dell'Ordine professionale, evidenzia la possibilità degli ingegneri dipendenti pubblici, regolarmente iscritti all'albo ed autorizzati dall'ente di appartenenza, di svolgere in modo occasionale la libera professione e quindi di partecipare alla

selezione *de qua*;

- che alla camera di consiglio del 9 marzo 2016, sentiti ed avvisati i difensori, la causa è stata trattenuta per la decisione nel merito in forma semplificata ex art 60 cod. proc. amm. come da verbale d'udienza;

RITENUTO:

- potersi respingere l'eccezione di inammissibilità del gravame quanto all'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Perugia, dal momento che fra gli interessi istituzionali dell'Ordine vi è anche quello di assicurare il pieno rispetto della *par condicio* nell'esercizio dell'attività professionale, e quindi non può negarsi la legittimazione a far valere in giudizio tale interesse anche nei confronti di iscritti che, rivestendo ruoli particolari, si ritiene possano operare professionalmente in dispregio di tale principio di parità (*ex multis* T.A.R. Puglia Lecce sez. II, 25 agosto 2015 n. 2647; Consiglio di Stato sez. V, 13 giugno 2012, n. 3469).

- la sussistenza comunque della piena legittimazione e interesse a coltivare il gravame in capo al ricorrente Ing. Salvatori sotto il duplice profilo della titolarità di interesse strumentale alla ripetizione della selezione nonché della stessa possibilità di conseguimento dell'aggiudicazione ove i quattro concorrenti che lo precedono, tutti dipendenti pubblici, fossero stati esclusi in ipotesi di corretta applicazione da parte del Comune resistente della normativa di riferimento, alla stregua del criterio della c.d. "prova di resistenza" valevole in *subiecta materia* (*ex multis* Consiglio di Stato sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5717);

- che quanto al merito, il ricorso è fondato e deve essere accolto;

- che il combinato disposto degli artt. 91 comma 8, e 120 comma 2-bis del D.lgs. 163/2006 e s.m. è chiaro nel tipizzare i soggetti a cui le stazioni appaltanti possono affidare i servizi tecnici, tra cui la stessa

attività di collaudo, quale servizio soggetto alla disciplina del citato Decreto legislativo ed in particolare tra i servizi elencati nell'Allegato IIA della direttiva 2004/18/UE;

- che la selezione indetta dal Comune di Assisi risulta del tutto "ibrida" poiché aperta alla partecipazione oltre che dei professionisti indicati nell'art. 91 comma 8, del Codice contratti, ai tecnici dipendenti di enti pubblici, con conseguente violazione della stessa *par condicio* tra i concorrenti;

- l'elenco regionale di cui agli artt. 20 e 21 della L.R. 21 gennaio 2010 n. 3 non può all'evidenza rappresentare uno strumento derogatorio rispetto alle vigenti norme in materia di affidamento degli incarichi di collaudo contenute nel Codice contratti pubblici, oggetto come ampiamente noto di riserva legislativa statale in quanto attinente alla "tutela della concorrenza" (*ex plurimis* Corte Costituzionale 7 novembre 2013, n. 259; id. 25 febbraio 2014, n. 28);

- che a nulla rileva la controdeduzione della difesa civica circa la possibilità degli ingegneri dipendenti pubblici a tempo pieno di svolgere occasionalmente la libera professione, non potendosi questi ultimi equiparare ai fini della partecipazione alla selezione impugnata ai professionisti elencati, non potendo esercitare la libera professione e non potendo pertanto assumere la qualifica professionale che l'art. 90, D.lgs. n. 163 del 2006 richiede per i progettisti esterni (Consiglio di Stato sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5003; T.A.R. Emilia Romagna Parma 24 novembre 2010, n. 507);

- che pertanto la violazione degli artt. 91 comma 8, e 120 comma 2-bis del D.lgs. 163/2006 e s.m. ha carattere assorbente, con conseguente illegittimità della lettera di invito, del sub procedimento di ammissione dei concorrenti e dell'atto finale di aggiudicazione in favore dell'ing.

Tintori, deducendo i ricorrenti esclusivamente doglianze idonee alla caducazione dell'intera gara e non già della sola aggiudicazione definitiva, non potendosi pertanto accogliere la concorrente domanda di reintegrazione in forma specifica di cui al ricorso;

- che, pertanto, per i suesposti motivi, la domanda di annullamento di cui al ricorso merita accoglimento con conseguente obbligo del Comune di Assisi di procedere al rinnovo della gara, secondo i criteri conformativi suindicati;

Le spese seguono la soccombenza, secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- accoglie la domanda di annullamento di cui al ricorso e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;
- respinge la domanda di reintegrazione in forma specifica;

Condanna il Comune di Assisi alla refusione delle spese di lite in favore dell'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Perugia e dell'Ing. Salvatori, in misura di 1.250,00 (milleduecentocinquanta//00) euro ciascuno, oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Paolo Amovilli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/04/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)