

N. 05845/2014 REG.PROV.COLL.

N. 02066/2013 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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 2066/ 13 R.G., integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Bruno Giaquinto, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessio Dell'Aquila, con
domicilio eletto presso Alessandro Minucci in Napoli, Via Giordano Bruno,156;

contro

A.S.L. Napoli 3 Sud, in persona del Direttore generale p.t. rappresentata e difesa
dagli avvocati Rosa Anna Peluso e Chiara Di Biase, con domicilio in Napoli,
presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo Regionale;

nei confronti di

Arch. Angelo Siano, in qualità di Amministratore Unico della Società A.S.S.I.
Progetti S.a.s., rappresentato e difeso dall'avvocato Sabato Giuseppe Perna, con
domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, Via A.d'Isernia, 38;

per la declaratoria di illegittimità

- della determina dirigenziale n.301/GOP/2008 del 10 settembre 2008 di
affidamento della progettazione per la ristrutturazione del Pronto Soccorso del
Presidio ospedaliero di Nola;

- della determinazione n. 53 del 19 marzo 2012 di affidamento della direzione lavori;
- della determinazione n. 107/G.O.P. del 26 maggio 2010 di affidamento della direzione lavori per il progetto stralcio funzionale del Blocco centrale dell'Ospedale di Nola.

nonché

per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della A.S.L. Napoli 3 Sud e dell'Architetto Angelo Siano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del 5 novembre 2014 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il signor Bruno Giaquinto, di professione architetto, ha proposto ricorso a questo Tribunale per ottenere dalla ASL Napoli 3 Sud il risarcimento del danno subito dall'adozione della determinazione dirigenziale n. 301/GOP/2008 del 10 settembre 2008 con cui era stato affidato alla ASSI Progetti s.a.s. la progettazione dei lavori di ristrutturazione del Pronto Soccorso dell'Ospedale di Nola; l'azione risarcitoria è stata estesa ai danni conseguenti alla adozione della determinazione n. 53/2012 del 19 marzo 2012 con cui l'Azienda ha affidato all'architetto Angelo Siano, amministratore della ASSI Progetti s.a.s., l'incarico della direzione dei lavori per l'appalto in questione.

Nel premettere che il ricorso è volto al solo riconoscimento della pretesa risarcitoria, il ricorrente ha lamentato che la progettazione dei lavori era stata affidata in modo diretto, senza tenere conto che il valore dell'intervento avrebbe imposto l'espletamento del procedimento di selezione di cui all'art. 91, secondo comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163; ne conseguiva anche l'illegittimità dell'affidamento diretto della direzione dei lavori.

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 91, primo comma, poiché si eccedeva il valore complessivo di €100.000 per progettazione e direzione, l'azienda avrebbe dovuto procedere alla pubblicazione di apposito bando di selezione.

In terzo luogo, è stata dedotta la violazione dell'art. 91, sesto comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, dal momento che l'affidamento diretto della direzione lavori al progettista, per gli interventi che superano la soglia comunitaria, è consentito solo se previsto dal bando di gara per la progettazione.

Ancora, l'art. 130, secondo comma, lettera b) del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, applicato nel caso di specie dall'A.S.L. sarebbe in contrasto con la normativa europea, ed è, dunque disapplicabile, dal momento che consente un affidamento diretto in violazione dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

E' stata anche lamentata la carenza di motivazione del provvedimento di affidamento diretto alla ASSI Progetti s.a.s. della direzione lavori, non essendo stato specificato il vantaggio economico della parte pubblica; infine, una volta accertata la carenza di professionalità interne, la ASL non ha motivato perché la scelta è ricaduta sulla ASSI Progetti s.a.s. e non anche su altro professionista idoneo.

La lesione patita è stata prospettata in termini di danno alla chance, tenuto conto che il ricorrente era stato il direttore dei medesimi lavori, prima che fosse risolto il contratto con il precedente appaltatore.

Con motivi aggiunti il ricorrente ha anche chiesto il risarcimento dei danni subiti a seguito dell'adozione da parte della ASL Na 3 Sud della determinazione n. 438 del 31 marzo 2005 avente ad oggetto l'affidamento dell'incarico professionale per la redazione del progetto dello stralcio funzionale al progetto di adeguamento e ristrutturazione dell'Ospedale di Nola, nonché della determinazione n. 107/GOP del 26 maggio 2010 di affidamento della direzione lavori dello stralcio funzionale del Blocco Centrale.

Con il primo motivo aggiunto il ricorrente, avendo avuto a seguito di accesso copia della determinazione n. 301/GOP/2008 del 10 settembre 2008, ha contestato l'insussistenza dei presupposti per l'affidamento all'esterno dell'incarico, per carenza di adeguata motivazione, essendo l'Azienda in possesso delle necessarie professionalità interne.

Con il secondo terzo e quarto motivo aggiunto è stata contestata la legittimità dell'affidamento dell'incarico di direzione lavori per il Blocco Centrale, per ragioni analoghe a quelle già rappresentate nel ricorso introduttivo.

Si sono costituiti in giudizio il controinteressato Angelo Siano e l'Azienda Sanitaria Locale Na 3 Sud.

All'udienza di discussione del 5 novembre 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Va premesso che il ricorrente all'udienza di discussione ha precisato che la domanda risarcitoria proposta con i motivi aggiunti è limitata al pregiudizio conseguente all'adozione della sola deliberazione n. 107/GOP del 26 maggio 2010 di affidamento a terzi della direzione lavori dello stralcio funzionale del Blocco Centrale; resta, pertanto, esclusa ogni pretesa risarcitoria afferente alla deliberazione di affidamento della progettazione, cui residua la sola funzione di atto presupposto della fattispecie lesiva prospettata.

Nel merito la domanda risarcitoria è fondata.

Invero, l'art. 90, sesto comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 stabilisce i casi in cui per l'espletamento delle attività di progettazione e di direzione lavori le stazioni appaltanti possono rivolgersi a professionalità esterne all'amministrazione pubblica; trattasi di norma che introduce, dunque, una riserva di attività in favore dell'organizzazione interna dell'amministrazione, collocando il ricorso al libero mercato come eventuale.

Una volta verificata la sussistenza dei presupposti per l'affidamento all'esterno, l'art. 91 pone la distinzione tra gli incarichi di importo pari o superiore a 100.000 euro ed inferiore a tale valore, prevedendo, nel primo caso, l'applicazione delle disposizioni di cui al capo II, titoli I e II del Codice dei Contratti, nel secondo, l'espletamento di una procedura ai sensi dell'art. 57, sesto comma nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, con invito rivolto ad almeno cinque soggetti, ove sussistenti tanti aspiranti idonei.

Riguardo all'affidamento diretto dell'incarico di direzione dei lavori in favore del progettista, ai sensi dell'art. 91, sesto comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, per attività di importo eccedente la soglia comunitaria, tale soluzione è prevista nel solo caso in cui vi sia stata espressa previsione nel bando di gara indetto per la progettazione; la norma va poi coordinata con quella di cui all'art. 130, secondo comma, che nell'ipotesi di necessario affidamento all'esterno dell'attività di direzione lavori, tra le varie opzioni contempla quella di rivolgersi al progettista incaricato.

Il d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207 contiene una disciplina quasi del tutto sovrapponibile a quella codicistica riguardo all'affidamento a professionalità esterne di incarichi di progettazione e di direzione lavori.

Venendo alle vicende oggetto del presente giudizio, riguardo all'incarico di progettazione definitiva ed esecutiva, nonché di redazione del piano della sicurezza e coordinamento dell'intervento di ristrutturazione dell'Ospedale Civile di Nola, dalla determinazione dirigenziale n. 301/G.O.P. del 10 settembre 2008 si evince che rispetto ad un valore complessivo per tali attività pari a €193.000, come risulta dal quadro economico, vi è stato un affidamento diretto in favore dell'architetto Angelo Siano, amministratore della società di ingegneria ASSI s.a.s. ; ebbene, trattandosi di attività il cui valore ricade nella fascia compresa tra 100.000 euro e la soglia comunitaria, al fine di procedere ad un affidamento senza previa pubblicazione di bando, ai sensi dell'art. 57 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 la stazione appaltante avrebbe dovuto espressamente motivare in ordine alla sussistenza dei presupposti per il ricorso a tale procedura; è invece mancato ogni utile riferimento in tal senso, non avendo significatività alcuna la pregressa esperienza del professionista prescelto richiamata nella determinazione dirigenziale di incarico, con conseguente illegittimità dell'affidamento siccome avvenuto senza il previo esitamento di una procedura di selezione ad evidenza pubblica. Pertanto, illegittima è anche la determinazione dirigenziale n. 53 del 19 marzo 2012 di affidamento diretto al progettista incaricato della direzione lavori, ai sensi dell'art. 130, secondo comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, sia perché si tratta di un incarico fondato su un presupposto invalido, sia perché lo stesso è stato assunto in violazione dell'art. 91, sesto comma del Codice, essendo mancato un bando in cui far ricadere anche l'affidamento dell'attività di direzione lavori.

La domanda risarcitoria è fondata anche con riferimento all'affidamento diretto della direzione dei lavori relativi allo stralcio funzionale del Blocco Centrale dell'Ospedale Civile di Nola, pure questo avvenuto ai sensi dell'art. 130, secondo comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, in favore del progettista incaricato, architetto Angelo Siano, con determinazione dirigenziale n. 107/G.O.P. del 26

maggio 2010. Invero, non risulta contestata, né in qualche modo smentita dalla Azienda Sanitaria Locale resistente l'affermazione di parte ricorrente circa il valore della progettazione dello stralcio funzionale del Blocco Centrale, pari a €156.701,49, e della direzione lavori di importo pari a €96.481; anche in questo caso, dunque, in ragione del valore complessivo delle attività progettuali di direzione lavori, questa volta eccedente la soglia comunitaria, l'affidamento diretto della seconda ai sensi dell'art. 130, secondo comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, avrebbe potuto essere disposto solo previo inserimento nel bando di gara per l'affidamento della progettazione, la cui mancata indizione non risulta smentita dalla Azienda Sanitaria Locale resistente in questa sede.

Ritiene il Collegio che l'adozione delle determinazioni dirigenziali assunte dal ricorrente come fonte di danno ingiusto integrino fattispecie di comportamento colpevole dell'amministrazione pubblica, sia per carenza di motivazione nell'individuazione dei presupposti di fatto per l'affidamento diretto dei servizi de quibus in favore di terzi, sia per violazione della disciplina di evidenza pubblica in materia contrattuale.

Quanto al danno, va riconosciuta la lesione del solo lucro cessante in termini di interesse contrattuale negativo, come perdita per il ricorrente dell'opportunità di risultare affidatario di detti servizi, ove fosse stata indetta una procedura selettiva a cui egli avrebbe potuto prendere parte; va rilevato che la posizione giuridica soggettiva azionata assume connotazioni di qualificazione e soprattutto di sufficiente differenziazione, sia per la precedente collaborazione prestata dal ricorrente in altre attività progettuali riferibili all'Azienda resistente, sia per la sua specifica competenza in materia di edilizia ospedaliera, tale da ritenere la concretezza dell'interesse partecipativo pregiudicato.

Alla quantificazione del danno si ritiene possa procedersi in via equitativa, liquidando lo stesso nella misura complessiva di €3.500,00 (tremilacinquecento/00), oltre interessi o rivalutazione al soddisfo.

All'accoglimento del ricorso segue la condanna della Azienda Sanitaria Locale resistente al pagamento delle spese processuali in favore del ricorrente che si liquidano nella misura complessiva di €2.000,00(duemila/00), oltre al rimborso del contributo unificato. Spese compensate con il contro interessato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando accoglie il ricorso ed i motivi aggiunti, dichiarando l'illegittimità degli atti impugnati; condanna la ASL Na 3 Sud al risarcimento dei danni in favore del ricorrente nella misura di €3.500,00 (tremilacinquecento/00), oltre accessori; condanna la medesima ASL Na 3 Sud al pagamento delle spese processuali in favore del ricorrente nella misura di €2.000,00(duemila/00), oltre al rimborso del contributo unificato; spese compensate nei confronti del controinteressato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere, Estensore

Carlo Dell'Olio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **12/11/2014**

IL SEGRETARIO

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