

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

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

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 4238/03, proposto dal Comune di Montepaone, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Nania, e presso il medesimo elettivamente domiciliato in Roma, v. Carlo Poma n. 2,

contro

il sig. Edoardo SERVELLO, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Caridi, ed elettivamente domiciliato in Roma, v. Boezio n. 92 (studio Gualtieri),

e nei confronti

dei sigg.ri Francesco LA VALLE, Adele CARUSO, Francesco Saverio TUCCIO, non costituiti in giudizio,

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Catanzaro, I, 27 marzo 2003, n. 870, resa *inter partes*, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dall'attuale appellato avverso gli atti relativi all'affidamento di incarico di progettazione per i lavori di ampliamento del cimitero comunale.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Vista l'ordinanza n. 2229 del 3 giugno 2003, con cui è stata accolta l'istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza di primo grado;

Visto il dispositivo della decisione in epigrafe, n. 342, pubblicato il 6 novembre 2003;

Relatore alla pubblica udienza del 4 novembre 2003 il Consigliere Gerardo Mastrandrea; uditi per le parti gli avv.ti Nania e Caridi;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Con atto di invito del 26 agosto 2002, reso pubblico mediante affissione all'albo pretorio, il Responsabile dell'Ufficio Tecnico del Comune di Montepaone, richiamata la propria determinazione avente ad oggetto l'affidamento a soggetti esterni dell'incarico per la progettazione definitiva ed esecutiva e per la direzione dei lavori relativi all'ampliamento del cimitero comunale, invitava, ai sensi dell'art. 17 della l. 109/94, i soggetti interessati alla presentazione di un *curriculum* in vista della verifica dell'esperienza professionale, secondo quanto prescritto dalla disposizione richiamata.

Si trattava, nella specie, di un incarico avente valore economico inferiore a € 100.000,00, ed in quanto tale suscettibile di

affidamento fiduciario, in forza dell'art. 17, comma 12, della l. 109/94, come modificato dalla l. 166/02.

All'esito dell'esame comparativo dei *curricula* pervenuti, il responsabile del servizio, con determinazione n. 161 del 4 dicembre 2002, conferiva l'incarico in argomento congiuntamente a tre professionisti (La Valle, Caruso, Tuccio), dando conto delle ragioni della scelta.

2. Quest'ultima determinazione, unitamente all'avviso pubblico del 26 agosto 2002, veniva impugnata, sotto diversi profili, dall'odierno appellato, che aveva risposto all'invito come capogruppo di un raggruppamento di professionisti.

Il TAR Calabria, ritenendo sussistenti i presupposti per decidere con pronunzia in forma semplificata a norma dell'art. 26 legge 1034/71 - previo accertamento della completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, e ciò anche se l'amministrazione intimata e gli eventuali controinteressati non erano costituiti in giudizio ed era ancora pendente il relativo termine processuale (Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2003, n. 650) - con la sentenza impugnata, in epigrafe indicata, accoglieva il ricorso, stante la manifesta fondatezza del secondo motivo di gravame.

Ad avviso dei primi giudici, in particolare, anche in materia di incarichi progettuali sotto la soglia comunitaria la valutazione dei *curricula* doveva avvenire attenendosi a criteri fissati prima dell'apertura delle buste (meglio ancora se inseriti nel bando), ed

inoltre tale valutazione doveva concernere principalmente progetti di lavoro affini a quelli oggetto dell'incarico da affidare.

Il TAR rilevava, al contrario, l'infondatezza della doglianza inerente l'inidoneità della sola pubblicazione nell'albo pretorio del comune come strumento di notizia della gara, e dava atto che la lettera del bando non escludeva in alcun modo la partecipazione alla procedura dei laureati in architettura.

E' utile rammentare che il medesimo giudice territoriale, con sentenza n. 1605/02, anch'essa stesa in forma semplificata, aveva annullato il precedente affidamento dell'incarico di progettazione per l'ampliamento del cimitero, attesa, in quel caso, la mancata valutazione comparativa, da parte dell'Amministrazione procedente, dei *curricula* prodotti.

3. L'Amministrazione comunale ha interposto l'appello in trattazione avverso la prefata pronunzia, prendendo le mosse, in via pregiudiziale, dalla carenza di giurisdizione del giudice amministrativo, oltre che da altri profili di rito, e comunque deducendo, nel merito, la contrarietà della pronunzia impugnata al giudicato formatosi sulla precedente sentenza del TAR n. 1605/02 e soprattutto, non senza dovizia di argomentazioni, la violazione e falsa applicazione dell'art. 17, comma 12, della l. 109/94, come modificato dalla l. 166/02.

4. L'appellato si è costituito in giudizio per resistere all'appello, ed ha puntualmente controdedotto, senza però proporre appello incidentale relativamente ai profili rigettati in prime cure.

Le parti hanno depositato memoria.

Con ordinanza della Sezione n. 2229 del 3 giugno 2003 è stata motivatamente sospesa l'efficacia della sentenza di primo grado.

5. Il ricorso in appello, introitato per la decisione in esito alla pubblica udienza del 4 novembre 2003, merita accoglimento.

Occorre però muovere, preliminarmente, dalla disamina del profilo della carenza di giurisdizione del giudice amministrativo adombrata dall'appellante Comune, ad avviso del quale l'attribuzione degli incarichi in questione sulla base di criteri di natura prettamente fiduciaria si tradurrebbe in un'attività dalle connotazioni prettamente privatistiche, con conseguente radicamento della giurisdizione in capo al giudice civile.

L'eccezione va disattesa, atteso che seppur 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 (Cons. Stato, V, 3 febbraio 1999 n. 112, in *Cons. Stato* 1999, I, 205).

Rientra, in definitiva, nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il conferimento di un incarico di progettazione che consegue all'esperimento 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".

6. Si può invece prescindere dalle altre eccezioni di rito investenti il ricorso di primo grado in quanto l'appello è fondato nel merito, con la conseguenza che, attesa anche la mancata proposizione di un appello incidentale da parte dell'attuale appellato, il ricorso di primo grado non può sfuggire ad una pronuncia di reiezione.

7. Le considerazioni che il Collegio ritiene di formulare al riguardo possono essere, almeno in parte, mutate da quelle già rese in ordine alla questione di giurisdizione.

Il Giudice territoriale, né in verità l'appellato, dimostrano di essersi correttamente avveduti della circostanza che la controversia di cui si discute attiene 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 predeterminazione di ulteriori e più specifici criteri di scelta da parte della stazione appaltante.

8. Alla stregua del complesso delle considerazioni che precedono, l'appello interposto va accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado deve essere rigettato.

Sussistono i presupposti per la compensazione tra le parti delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di prime cure.

Spese dei due gradi di giudizio compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma, il 4 novembre 2003, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), in camera di consiglio, con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Agostino Elefante	Presidente
Giuseppe Farina	Consigliere
Aldo Fera	Consigliere
Marco Lipari	Consigliere
Gerardo Mastrandrea	Consigliere est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Gerardo Mastrandrea

f.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10 febbraio 2004
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Dirigente
f.to Antonio Natale