

**Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Catania sez.III 26/6/2007 n. 1102**

*Affidamenti incarichi di progettazione fino a 100.000 euro – Rispetto dei principi comunitari di trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità – Affidamento in economica fino a 20.000 euro – Limiti*

**REPUBBLICA ITALIANA N. 1102/07 Reg. Sent.**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 0672/02 Reg. Gen.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania - Sezione Terza, composto dai Signori Magistrati:

Dott. Adriano Leo	Presidente
Dott. Vincenzo Salamone	Consigliere
Dott. Vincenzo Neri	Referendario rel. estensore

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso **n. 672/2002 R.G.** proposto dagli Ing.....;

**contro**

il comune di.....;

**e nei confronti**

dell'ing.;

**per l'annullamento**

della delibera di giunta municipale n. 66 del 4.10.2001 di conferimento dell'incarico al controinteressato nonché per il risarcimento dei danni consequenziali;

Visto il ricorso con i relativi allegati nonché tutti gli atti di causa;

vista la costituzione in giudizio dell'Amministrazione resistente;

designato relatore per la pubblica udienza del 7 giugno 2007 il dott. Vincenzo Neri;

uditi gli Avvocati delle parti costituite come da verbale di causa;

**IN FATTO**

Con ricorso del 16 febbraio 2002 (depositato il successivo 20 febbraio 2002) il ricorrente impugnava la delibera emanata dall'amministrazione resistente con la quale era stato affidato al controinteressato l'incarico per la realizzazione della progettazione esecutiva, la direzione dei lavori e il coordinamento di sicurezza dei lavori di "sistemazione idrogeologica a difesa del centro abitato". All'uopo deduceva:

1. violazione di legge (articolo 17 legge numero 109/94; articolo 50,602,63 e 64 D. P. R. 554/99).
2. Violazione di legge (D.P.R.S. 27. 12. 1999). Eccesso di potere.
3. violazione di legge (articolo quattro legge 241/90). Eccesso di potere. Carezza assoluta di motivazione.
4. Violazione di legge (articolo 10, comma 2, del decreto legislativo numero 494/1996).
5. violazione di legge (D.P.R.S. 27. 12. 1999 sotto diverso profilo).

Chiedeva inoltre che l'amministrazione venisse condannata al risarcimento dei danni subiti.

Si costituiva l'amministrazione resistente chiedendo il rigetto del ricorso in epigrafe.

Con ordinanza dell'8 maggio 2002, il Tribunale accoglieva la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

All'udienza pubblica del 7 giugno 2007 la causa passava in decisione.

## **IN DIRITTO**

Dalla documentazione acquisita agli atti è emerso che:

- a. con delibera n. 66/01 la giunta municipale del comune resistente ha incaricato il controinteressato della redazione del progetto esecutivo per la sistemazione idrogeologica a difesa del centro abitato (si veda la nota del 4/2/02, allegato 1 del ricorso);
- b. gli onorari professionali relativi al predetto incarico erano pari ad €55.800 (si veda la nota del 4/1/02, allegato 2 del ricorso);
- c. il controinteressato aveva in precedenza formato il progetto di massima.

A parere del Collegio risulta fondata la censura con la quale si deduce il mancato rispetto dei necessari oneri pubblicitari nonché dell'articolo 62 D. P. R. 554/1999 nella parte in cui impone il ricorso alla licitazione privata per gli appalti di servizi di importo pari a quello affidato dall'amministrazione resistente nel senso che verrà ora precisato.

In via generale, pur trattandosi di normativa entrata in vigore successivamente al perfezionamento degli atti impugnati, va ricordato che l'art. 91, comma 1-2, d. lgs 163/2006 tra l'altro stabilisce: "1. Per l'affidamento di incarichi di progettazione di cui all'articolo 90 di importo pari o superiore a 100.000 euro si applicano le disposizioni di cui alla parte II, titolo I e titolo II del codice, ovvero, per i soggetti operanti nei settori di cui alla parte III, le disposizioni ivi previste. 2. Gli incarichi di progettazione di importo inferiore alla soglia di cui al comma 1 possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), g) e h) dell'articolo 90, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei....".

Sotto altro aspetto, l'art. 125, comma 11-14, d. lgs. 163/2006 prevede: "11. Per servizi o forniture di importo pari o superiore a ventimila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a ventimila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento. 12. L'affidatario di lavori, servizi, forniture in economia deve essere in possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente. Agli elenchi di operatori economici tenuti dalle stazioni appaltanti possono essere iscritti i soggetti che ne facciano richiesta, che siano in possesso dei requisiti di cui al periodo precedente. Gli elenchi sono soggetti ad aggiornamento con cadenza almeno annuale. 13. Nessuna prestazione di beni, servizi, lavori, ivi comprese le prestazioni di manutenzione, periodica o non periodica, che non ricade nell'ambito di applicazione del presente articolo, può essere artificiosamente frazionata allo scopo di sottoporla alla disciplina delle acquisizioni in economia. 14. I procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del presente articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento".

L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, con determinazione n. 4 del 29 marzo 2007, relativamente ai servizi di ingegneria ha, tra l'altro, affermato che i servizi tecnici di importo stimato inferiore a 100.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti ai sensi dell'articolo 91, comma 2, del Codice, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, previa selezione di almeno cinque operatori economici da consultare se sussistono in tale numero soggetti idonei. Ha precisato, inoltre, che per i servizi tecnici di importo inferiore a 20.000 euro le stazioni appaltanti possono procedere mediante affidamento diretto, ai sensi del combinato disposto degli articoli 91, comma 2 e 125, comma 11, del Codice, previa indicazione dei servizi tecnici nel regolamento interno per la disciplina dell'attività contrattuale in economia pur osservando che difficilmente i servizi tecnici in materia di lavori pubblici possano essere ricompresi tout court tra i servizi in economia, sia perché l'affidamento dei servizi tecnici è sottoposto a specifica ed autonoma disciplina, dove le regole si diversificano a seconda che l'importo stimato del compenso superi o meno la soglia di 100.000 euro, sia perché l'acquisizione in economia deve essere preceduta dall'assunzione di specifico provvedimento interno da parte di ciascuna stazione appaltante con cui essa individui i singoli servizi da acquisire con lo speciale metodo dell'economia, con riguardo alle proprie specifiche esigenze e in relazione all'oggetto ovvero in riferimento coerente alle categorie indicate dal comma 10, del detto art. 125.

La normativa ora richiamata, certamente non direttamente applicabile al caso di specie, costituisce, a parere del Tribunale, attuazione pratica dei principi fondamentali da applicare nella materia dei contratti pubblici, ossia dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità di volta in volta specificato dalla legge. Tali principi appaiono applicabili — in ragione dell'immediata precettività nell'ordinamento giuridico interno delle regole generali del Trattato comunitario — a tutti i contratti pubblici tanto che vengono estesi dal Codice nella loro applicazione anche ai contratti esclusi (art. 27 d. lgs 163/2006) e alle concessioni di servizio pubblico. La Commissione europea, con riferimento alle materie escluse dall'applicazione delle direttive comunitarie, ha affermato che «La CGCE ha definito un insieme di norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del trattato CE. I principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base

della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza che, conformemente alla giurisprudenza della CGCE, «consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione». Tali norme si applicano all'aggiudicazione di concessioni di servizi, agli appalti inferiori alle soglie e agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE quando si tratta di aspetti non disciplinati dalle predette direttive. La Corte ha esplicitamente dichiarato che «sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del trattato» (si veda comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici, 2006/C 179/02).

In altri termini, i principi fondamentali del Trattato prima richiamati (di derivazione comunitaria) impongono a tutte le stazioni appaltanti l'obbligo di rispettare determinate regole nell'aggiudicazione degli appalti, regole queste che sono dettagliatamente indicate dal Codice per i contratti rientranti nel suo ambito di applicazione e che, invece, devono di volta in volta essere adeguate alla specifica situazione concreta, in ossequio dei più volte citati principi del Trattato, quando non vi è una normativa che li disciplina direttamente.

Nel caso di specie, in ragione dell'importo dell'appalto di servizi di progettazione sarebbe stato necessario rispettare i principi fondamentali derivati dal Trattato (e dunque applicabili anche all'epoca) e osservare regole rispettose di quanto indicato (in via meramente ricognitiva) dall'art. 2 d. lgs 163/2006 sia nella fase della pubblicità sia in quella dell'affidamento.

Per tali ragioni non sembrano fondate le difese dell'Amministrazione resistente basate, per un verso, sulla inapplicabilità, nel caso di specie, del D.P.R.S. 27.12.1999 e, per altro verso, sul pieno rispetto dell'art. 17 l. 109/1994 in considerazione del fatto che l'appalto aggiudicato aveva valore inferiore ad €40.000. Relativamente a quest'ultimo aspetto va ricordato che dalla documentazione in atti (si veda allegato 2 al ricorso principale) si evince che gli onorari professionali per la progettazione affidata al controinteressato ammontavano ad €55.800 e che, dunque, non si trattava di appalto di servizio inferiore alla soglia di € 40.000. Quanto alla prima considerazione, a prescindere dalla immediata applicabilità del D.P.R.S. 27.12.1999, non vi è dubbio che i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità imponevano adeguata pubblicità e criteri oggettivi (e non esclusivamente fiduciari) nell'affidamento dell'appalto in questione.

Per le ragioni prima indicate il ricorso deve essere accolto; restano assorbite le ulteriori censure.

Deve ora essere esaminata la domanda risarcitoria avanzata dal ricorrente.

Come è noto, la condanna al risarcimento dei danni richiede l'accertamento dei presupposti per verificare la fondatezza della relativa pretesa (lesione della situazione giuridica soggettiva, colpa o dolo, danno patrimoniale e nesso causale tra l'illecito ed il pregiudizio), secondo i principi che peraltro preesistevano al trasferimento nell'orbita della giurisdizione del giudice amministrativo. Giova ricordare, inoltre, che il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo, laddove tale danno discenda da un'attività provvedimentale, non può prescindere dall'accertamento della colpa dell'amministrazione responsabile, da accertarsi mediante un'indagine riferita non già all'elemento soggettivo del singolo funzionario agente, bensì alla p.a. intesa come apparato.

Quanto all'elemento soggettivo, a giudizio del Tribunale, l'esistenza di regole di trasparenza, non discriminazione, libera concorrenza e parità di trattamento a livello comunitario sono indici dai quali può desumersi l'esistenza della colpa dell'Amministrazione.

Venendo al caso di specie, il ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno indicandolo in via equitativa nella misura pari al 50% degli onorari professionali che sono stati corrisposti al controinteressato (presumendo che alla gara avrebbero partecipato i ricorrenti e il controinteressato) o, in subordine, nella misura pari al 20% della predetta somma (ritenendo che ordinariamente avrebbero potuto partecipare almeno 5 concorrenti).

Poiché dall'annullamento degli atti non scaturisce l'aggiudicazione della gara ai ricorrenti ma semplicemente la dichiarazione di illegittimità degli atti in questione, non vi è dubbio che il danno risarcibile è quello legato alla sola perdita di chances; l'amministrazione, infatti, avrebbe dovuto mettere a conoscenza i ricorrenti dell'intenzione di aggiudicare l'appalto in questione permettere loro di partecipare, a parità di condizioni, con altri concorrenti.

Di recente il Consiglio di Stato ha, per un verso, affermato la natura equitativa della liquidazione giudiziale dei danni da perdita di chances e, per altro verso, ha quantificato tali danni rapportandoli in termini percentuali all'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione delle gare non svolte.

Nel caso di specie, ribadita la natura equitativa del giudizio, l'utile economico che sarebbe derivato ai ricorrenti dall'esecuzione dell'appalto può essere quantificato nel 10% dell'onorario professionale corrisposto al controinteressato; non può infatti accogliersi la diversa opinione sostenuta dai ricorrenti basata sull'indicazione quale base di calcolo del compenso professionale erogato sia perché non è assolutamente dimostrato, e dimostrabile, che i ricorrenti avrebbero avuto affidato l'appalto sia perché quell'entità patrimoniale è collegata all'esecuzione di una prestazione professionale (con correlativi oneri in termini di energie lavorative e spese) e non alla semplice possibilità di aggiudicarsi l'appalto.

La somma commisurata all'utile economico deve poi essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria (Cons. Stato, VI, 8 maggio 2002 n. 2485).

Nel caso di specie, considerando che l'amministrazione avrebbe dovuto invitare almeno cinque concorrenti, si può ritenere che la perdita della chance possa essere quantificata in un quinto dell'utile economico, presumendo che ogni concorrente avesse le stesse possibilità di aggiudicarsi la gara.

Tali percentuali possono essere così applicate alla fattispecie in esame:

- importo dei corrispettivi professionali assegnati al controinteressato pari ad €55.800;
- percentuale di utile pari al 10 %: €5.580;
- chance di aggiudicazione pari ad un quinto dell'utile, presumendo la possibilità di partecipazione di almeno cinque concorrenti (numero di concorrenti che le amministrazioni dovrebbero di regola invitare invitare):€1.116.

Il Comune deve, quindi, essere condannato a corrispondere la somma di € 1.116 in favore dei ricorrenti a titolo di risarcimento del danno. Trattandosi di debito di valore, sulla somma così liquidata deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT, da computarsi

dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta); sulle somme progressivamente e via via rivalutate sono, altresì, dovuti gli interessi nella misura legale secondo il tasso vigente all'epoca della stipulazione del contratto, a decorrere dalla data della stipulazione medesima e fino a quella di deposito della presente decisione (Cass, 17 settembre 2003, n. 13666; Cass. 30 agosto 1997 n. 8259, Cass. 2 dicembre 1998 n. 12234; cfr. pure Cass. 20 marzo 2001 n. 3996, Cass. 6 agosto 2001 n. 1085); infine, sulla somma complessivamente liquidata decorrono gli interessi legali dalla data di deposito della presente decisione, fino all'effettivo soddisfo (cfr. Consiglio di stato, Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6302).

In conclusione il ricorso deve essere accolto; gli atti, pertanto, vanno annullati e il comune di Frazzanò deve essere condannato al risarcimento dei danni in favore dei ricorrenti nei termini prima indicati.

La complessità delle questioni giuridiche trattate è giusto motivo di compensazione integrale tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania, sezione terza,

- accoglie il ricorso nei termini di cui in motivazione;
- condanna il comune di Frazzanò al risarcimento dei danni nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Catania, nella Camera di consiglio del 7 giugno 2007.

### **L'ESTENSORE IL PRESIDENTE**

Dott. Vincenzo Neri Dott. Adriano Leo

Depositata in Segreteria il 26 giugno 2007