Consiglio di stato, sezione sesta, sentenza n. 337 del 26 gennaio 2015

Servizi di progettazione e direzione lavori – Affidamento dell'incarico all'esterno, ex art. 91 del D.lgs. 163/06 – Rispetto dei principi comunitari di trasparenza e concorrenza

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7390 del 2014, proposto da:
Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca in persona del ministro in carica, Istituto d'istruzione superiore Nicola Pizi di Palmi in persona del legale rappresentante in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Foti Saverio e Pronestì Michele, rappresentati e difesi dall'avvocato, con domicilio eletto presso in Roma, via

nei confronti di

Provincia di Reggio Calabria;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO CALABRIA SEZIONE I n. 223/2014, concernente affidamento incarico di progettazione esecutiva per la riqualificazione energetica degli edifici scolastici e abbattimento delle barriere architettoniche.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Saverio Foti e di Michele Pronesti;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2014 il consigliere Roberta Vigotti e udito l'avvocato dello Stato;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I) Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e l'istituto d'istruzione superiore Nicola Pizi di Palmi chiedono la riforma della sentenza con la quale il Tribunale amministrativo della Calabria ha accolto il ricorso proposto avverso la determinazione del 14 dicembre 2013 del dirigente dell'istituto Nicola Pizi di Palmi, quale responsabile unico del procedimento, recante indicazione di procedura comparativa per l'affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura per la direzione lavori, misura e contabilità e certificato di regolare esecuzione e per il coordinamento per la sicurezza in fase esecutiva per l'attuazione del progetto denominato ASSE II, relativo alla qualità degli ambienti scolastici.

Con accordo del 3 giugno 2013 l'istituto scolastico e la Provincia di Reggio Calabria avevano convenuto che quest'ultima avrebbe assunto in proprio la parte relativa alla progettazione esecutiva, mentre il soggetto cui affidare le successive fasi esecutive necessarie per l'attuazione dell'intervento, nel caso non fosse stato svolto da personale tecnico dell'ente locale, sarebbe stato individuato dall'istituto scolastico con le modalità di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice degli appalti*) ai soggetti di cui all'art. 90, lettera d). Poiché la Provincia aveva comunicato l'indisponibilità di personale proprio, il dirigente scolastico ha emanato la determinazione impugnata, indicando una procedura di valutazione comparativa per la nomina del direttore dei lavori.

I ricorrenti, ai quali era stato affidato dalla Provincia l'incarico di progettazione esecutiva ai sensi dell'art. 90, comma 6, del Codice per la realizzazione degli interventi di riqualificazione energetica degli edifici scolastici e di abbattimento delle barriere architettoniche presso l'istituto Pizi, e il cui progetto è stato validato con determinazione del 16 settembre 2013, hanno presentato all'Amministrazione istanza ai sensi dell'art. 130 lett. b) del medesimo decreto legislativo per l'affidamento dell'incarico di direzione dei lavori e di responsabile della sicurezza, ma tale istanza non ha avuto riscontro.

Il ricorso presentato al Tribunale amministrativo avverso l'indizione della procedura comparativa è stato accolto con la sentenza impugnata, sul presupposto che l'art. 5 dell'accordo tra la Provincia e la scuola di fatto confermava la necessità di rispettare i principi del codice dei contratti pubblici e che l'Amministrazione, non avendo affidato ai progettisti l'ulteriore fase attuativa, avrebbe violato l'art. 130 citato, norma che esprime il cosiddetto principio di "continuità nella progettazione" indicando un ordine di soggetti ai quali affidare la fase esecutiva secondo criteri che progressivamente tendono a favorire un risparmio di spesa, ovvero una già consolidata conoscenza di aspetti tecnici del progetto, e individua solo in via gradata la possibilità di conferire l'incarico a soggetti scelti secondo i principi del codice per gli affidamenti degli incarichi di progettazione, diversi dal progettista.

Secondo le Amministrazioni appellanti la sentenza erra nel ritenere applicabile alla fattispecie l'art. 130 del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché i ricorrenti non avevano assunto l'incarico di progettisti ai sensi del citato art. 90, dal momento che il progetto esecutivo era stato messo a disposizione della scuola dalla Provincia, e quindi da un soggetto diverso dalla stazione appaltante. L'incarico stesso non era stato, perciò, conferito dalla stazione appaltante con le modalità previste dagli artt. 90, comma 6, e 91, comma 2 del d.lgs. n. 163 del 2006, che prevede il previo invito ad almeno cinque soggetti idonei; inoltre, il provvedimento impugnato riguarda non solo

l'incarico di direzione dei lavori, ma anche il collaudo o la verifica in conformità, per i quali è esclusa la procedura di cui all'art. 130 citato, dovendosi procedere ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, del medesimo Codice. Infine, la possibilità di affidamento della direzione dei lavori al progettista esterno non è stata prevista nella convenzione stipulata tra il progettista e l'Amministrazione.

II) La sentenza impugnata ha correttamente rilevato che in base all'art. 91 del d.lgs. n. 163, nel caso di valore della progettazione che non superi la soglia dei 100.000 euro - circostanza che ricorre nel caso di specie- gli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo possono essere affidati a professionisti esterni.

Tale procedura sconta, peraltro, il rispetto della sia pur limitata concorrenzialità prescritta dall'art. 57, comma 6, e l'applicazione dei principi di *trasparenza, concorrenza, rotazione*, e la previa selezione di almeno cinque operatori economici, tra i quali la scelta deve essere effettuata *secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa*. Ne deriva che l'applicazione del successivo art. 130, a norma del quale nell'affidamento dell'attività di direzione lavori *il progettista incaricato ai sensi dell'articolo 90, comma 6* deve avere la priorità sugli *altri soggetti scelti con le procedure previste dal presente codice per l'affidamento degli incarichi di progettazione* trova due limiti, derivanti dalla stessa lettera della norma, e dal richiamo da essa operato ai principi di concorrenza ed economicità, e incontra due conseguenti condizioni, consistenti, appunto, nella circostanza che la scelta del progettista incaricato sia avvenuta mediante la procedura limitatamente concorrenziale sopra ricordata.

La sentenza impugnata erra, perciò, nel ritenere che la scelta di affidare la progettazione all'esterno abbia determinato automaticamente la conseguenza dell'obbligatoria preferenza a favore dei progettisti al momento dell'affidamento della direzione dei lavori. Questo errore si manifesta per un duplice ordine di motivi:

innanzitutto, perché la scelta a monte, relativa al soggetto cui affidare la progettazione, non risulta sia stata rispettosa dei principi appena indicati, soprattutto per quanto riguarda la concorrenzialità tra almeno cinque potenziali interessati; in secondo luogo, perché diverse sono le Amministrazioni che hanno condotto le due fasi della procedura, la prima (attinente alla progettazione) di pertinenza della Provincia, la seconda, concernente la direzione dei lavori e la fase attuativa e di controllo, di spettanza dell'istituto scolastico, come, del resto, si legge nell'accordo stipulato tra l'ente locale e l'istituto Pizi.

L'errore appena considerato, peraltro, è rivelatore di un ben più grave fraintendimento da parte del primo giudice, che, pur sottolineando come gli accordi intervenuti tra le Amministrazioni coinvolte nel progetto (Ministero, Provincia, istituto scolastico) hanno assunto la funzione di regolare le specifiche competenze in ordine alle varie fasi del complesso procedimento e non hanno determinato alcuna deroga ai principi contenuti nel Codice dei contratti pubblici che assumono la natura di norme inderogabili, attribuisce portata assolutamente prevalente al principio di continuità della progettazione espresso nell'art. 130 del medesimo Codice, laddove una tale importanza non può che essere riconosciuta, secondo la scala di valore derivante dagli stessi principi comunitari (oltre che dalla lettera delle norme), alle istanze di trasparenza, economicità e concorrenzialità dell'azione amministrativa.

III) In conclusione, l'appello è fondato e deve essere accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata e reiezione del ricorso di primo grado.

Le questioni trattate e l'esito del giudizio giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti, per entrambi i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe indicato, lo accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate per entrambi i gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2015

IL SEGRETARIO

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