

Consiglio di Stato sez. V 13/6/2012 n. 3469

Affidamento progettazione e d.l. al di sotto dei 100.000 euro ex art. 91 d.lgs. 163/2006 - Invito alla procedura negoziata dei soli professionisti operanti nel territorio comunale – Illegittimità

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7407 del 2011, proposto da:

Comune di Tito, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv., con domicilio eletto presso in Roma, via

contro

Ordine Ingegneri della Provincia di Potenza, Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Potenza, Ordine dei Geologi della Provincia di Potenza, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avv., con domicilio eletto presso in Roma, via

nei confronti di

..... in proprio e quale capogruppo mandatario dell'associazione temporanea di imprese costituita con

per la riforma

della sentenza del T.A.R. BASILICATA - POTENZA: SEZIONE I, n. 00352/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO INCARICO DI PROGETTAZIONE, ESECUZIONE E DIREZIONE LAVORI PER LA COSTRUZIONE DI UNA STRUTTURA POLIFUNZIONALE DI INTERESSE COMPENSATORIALE DESTINATA AD ATTIVITA' SPORTIVE E RICREATIVE.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ordine Ingegneri della Provincia di Potenza, dell'Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Potenza e dell'Ordine dei Geologi della Provincia di Potenza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 aprile 2012 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati, su delega degli avv.ti

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il giudizio verte sugli atti con i quali il Comune di Tito ha affidato, mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando, indetta ai sensi dell'art. 91 del D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163, l'incarico di progettazione, esecuzione e direzione dei lavori per la costruzione di una struttura polifunzionale d'interesse comprensoriale destinata ad attività sportive e ricreative, procedura culminata nell'aggiudicazione in favore dell'A.T.P. guidato dall'Ing. Ianniciello Luigi.

Con la sentenza di prime cure il Tribunale, ai fini che in questa sede rilevano, ha accolto il ricorso proposto avverso gli atti della procedura in esame dall'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Potenza, dall'Ordine degli Architetti pianificatori paesaggistici e Conservatori della Provincia di Potenza e dall'Ordine dei Geologi della Provincia di Potenza.

Il Comune di Tito appella contestando gli argomenti posti a fondamento del *decisum* di prime cure.

Resistono gli Ordini ricorrenti in primo grado.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

2. L'appello è infondato.

2.1. Non coglie nel segno la prima censura volta a dedurre il difetto di legittimazione degli Ordini professionali in ragione del contrasto sussistente tra gli interessi degli iscritti invitati alla procedura di selezione del contraente e gli interessi degli altri professionisti rappresentati.

Ad avviso della Sezione la ricorrenza di tale supposto conflitto va verificata in relazione all'interesse istituzionale astrattamente perseguito, con la conseguenza che l'ente esponenziale, chiamato alla tutela dell'interesse collettivo inscindibilmente trapiantato e non alla sostituzione processuale dei singoli portatori degli interessi individuali, è legittimato a reagire avverso i provvedimenti lesivi dell'interesse della collettività senza che assuma rilievo il vantaggio tratto dagli specifici professionisti iscritti.

Merita condivisione, al riguardo, la pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 3 giugno 2011, che ha riconosciuto la legittimazione dell'Ordine in caso di conflitto tra l'interesse istituzionale leso dall'atto ed il beneficio contingente ricavato dai singoli professionisti.

In questa prospettiva è stata riconosciuta la legittimazione degli Ordini ad impugnare gli atti delle procedure di evidenza pubblica quando l'interesse fatto valere sia quello all'osservanza di prescrizioni a garanzia della *par condicio* dei partecipanti, nonostante che in fatto dalla procedura selettiva sia stato avvantaggiato un singolo professionista.

Ad avviso dell'Adunanza è appunto all' "interesse istituzionalizzato" che occorre far riferimento.

Difatti, “*non può negarsi che fra gli interessi istituzionali dell’Ordine vi è anche quello di assicurare il pieno aspetto della par condicio nell’esercizio dell’attività professionale, e quindi non può neanche negarsi la legittimazione a far valere in giudizio tale interesse anche nei confronti di iscritti che si ritiene possano operare professionalmente in dispregio di tale principio di parità*”.

Detta linea argomentativa si sposa con il rilievo dottrinale secondo cui l’interesse collettivo non s’identifica nella sommatoria degli interessi individuali degli associati ma si compendia nella sintesi degli stessi in un interesse collettivo qualitativamente diverso da quelli dei singoli. Ne deriva l’insussistenza di alcuna incompatibilità, logica e giuridica, tra lesione dell’interesse astratto della collettività e beneficio arrecato all’interesse individuale.

Applicando dette coordinate ermeneutiche al caso di specie si deve concludere nel senso della legittimazione degli Ordini a reagire avverso provvedimenti lesivi dell’interesse istituzionale degli enti esponenziali a garantire la *par condicio*, il *favor participationis* e il superamento di misure limitative della concorrenza, senza che assumano rilievo, in senso ostativo, i vantaggi tratti dai singoli professionisti per effetto dell’adozione di atti lesivi di detti valori.

2.2. E’ infondato anche il secondo motivo d’appello con il quale si deduce la violazione e falsa applicazione degli articoli 57 e 91 del codice dei contratti pubblici in una con il *vulnus* ai principi comunitari di non discriminazione, di parità di trattamento e trasparenza.

La Sezione condivide l’assunto, che sorregge la sentenza gravata, secondo cui deve ritenersi illegittimo il criterio seguito dal Comune di Tito nel procedere all’invito alla procedura negoziata dei soli professionisti operanti nel territorio comunale, con l’unica eccezione dell’A.T.P. dell’Ing. Iannicello.

Il Consiglio conviene, in particolare, che il principio di non discriminazione impone che tutti i potenziali offerenti siano posti in condizioni di eguaglianza e non consente, quindi, limitazioni di accesso al mercato “*ratione loci*”, ovvero in ragione dell’ubicazione della sede in un determinato territorio.

La scelta di limitare la partecipazione ai professionisti locali, non supportata da un’indagine volta a verificare le professionalità più qualificate con riguardo all’oggetto della procedura, si è, in definitiva, sostanziata in una limitazione territoriale aprioristica in contrasto con i principi comunitari in tema di tutela della concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

La valorizzazione di detto dato territoriale costituisce, quindi, una barriera di accesso in contrasto con i principi comunitari volti a garantire l’affermazione di un mercato comune libero da restrizioni discriminatorie collegate alla nazionalità o alla sede formale.

Merita adesione anche l’ulteriore affermazione svolta dal primo Giudice secondo cui si appalesa censurabile, nella prospettiva fin qui tracciata, anche il criterio seguito dal Comune in sede di invito dell’ATP Ing. Iannicello, in quanto la mera partecipazione, da parte di tale associazione, alla procedura aperta precedentemente avviata non assolve, *ex se*, ad alcuna apprezzabile funzione identificativa di specifica idoneità, esperienza, capacità economica e qualificazione tecnico-organizzativa desumibile dal mercato.

2.3. Va infine respinto il terzo motivo d’appello volto a censurare il capo della sentenza relativo alla liquidazione delle spese di giudizio, avendo il Tribunale applicato la regola della soccombenza nell’esercizio di una discrezionalità non inficiata da profili di illegittimità.

3. La sentenza gravata merita, quindi, integrale conferma.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese relative al presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/06/2012

IL SEGRETARIO

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