{mosimage} Il Consiglio di Stato, Sez. IV, con sentenza 263/2008, depositata il 29/1/2008, è intervenuto sul tema dei criteri di affidamento di un incarico professionale (nella fattispecie su trattava di incarico di consulenza per gli aspetti geologici nell'ambito della redazione di un piano strutturale e di un regolamento edilizio). La sentenza tratta anche dell''organo competente – Giunta o dirigente – riguardo alla scelta di professionisti forniti di titoli adeguati. Leggi di seguito la sentenza ...

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

N. 263/2008

Reg. Dec.

N. 8667 Reg. Ric.

Anno 2002

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello iscritto al NRG. 8667 dell'anno 2002, proposto dalla soc. GEO ECO PROGETTI, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato

G. Viciconte, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, al Corso dei Lombardi, n. 4 (presso lo studio dell'avv. Alessandro Turco);

contro

il COMUNE DI BIBBIENA, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. S. Pasquini, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, al Lungotevere Flaminio n. 46, palazzo IV, sc. B (presso lo studio del dott. Gian Marco Grez);

e nei confronti di

PROGEO GEOLOGI ASSOCIATI, in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Toscana, sez. II, n. 1020 del 20 maggio 2002, e per l'accoglimento del ricorso di primo grado;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bibbiena;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 20 novembre 2007 il Consigliere Carlo Saltelli;

Udito l'avv. A. Mantero su delega dell'avv. S. Pasquini;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con avviso in data 20 luglio 2000 (pubblicato il successivo 25 luglio) il Comune di Bibbiena indiceva una selezione pubblica per l'affidamento ad un dottore in geologia (ovvero anche a gruppi di lavoro temporaneamente costituiti), tramite stipula di convenzione, dell'incarico professionale di consulenza per gli aspetti geologici, ai fini della redazione del nuovo piano regolatore generale (costituito dal piano strutturale e dal regolamento urbanistico).

L'avviso ha previsto che gli interessati dovessero allegare all'istanza di partecipazione un curriculum professionale con l'indicazione delle precedenti specifiche esperienze nel settore, nonché un sintetico programma di lavoro accompagnato dalla relativa offerta economica: costituivano titoli di preferenza le precedenti esperienze di lavoro per la redazione di analoghi strumenti urbanistici, la capacità di fornire gli elaborati in formato digitale e la conoscenza di sistemi g.i.s., la costruzione di gruppi interdisciplinari con la presenza di figure professionali complementari (agronomo, forestale, esperto in ingegneria idraulica ed ingegneria naturalistica); la selezione sarebbe stata effettuata da una commissione (che avrebbe potuto attivare eventuali colloqui con i candidati per approfondire e valutare le esperienze maturate e la conoscenza richiesta), riservandosi l'amministrazione di valutare insindacabilmente l'opportunità del conferimento dell'incarico in base all'esame dei curricula presentati.

Come risulta dal verbale n. 1 del 1° marzo 2001, la commissione incaricata di valutare le offerte, prima di procedere al loro esame, pur rilevando che l'importo dell'incarico da affidare era inferiore alla soglia comunitaria e che, pertanto, la Giunta municipale aveva la massima libertà nella scelta del soggetti cui attribuire l'incarico stesso, osservava che la propria funzione

consisteva nell'esprimere un giudizio tecnico sulle istanze presentate e che, mancando nel bando ogni elemento utile al riguardo, considerava l'affidamento oggetto della selezione equiparabile ad un appalto di servizi, con la conseguente applicazione del D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, e del D.P.C.M. 13 marzo 1999, n. 117 (con l'attribuzione di 60 punti per la qualità della prestazione offerta, curriculum ed anzianità professionale, precedenti esperienze di lavoro per la redazione di analoghi strumenti urbanistici e conoscenza del territorio, livello di informatizzazione, programma di lavoro e organizzazione interdisciplinare, e di 40 punti per l'offerta economica, valutata secondo quanto previsto nell'allegato A del D.P.C.M. 13 marzo 1999, n. 117).

Con il verbale n. 3 del 31 marzo 2001, la Commissione concludeva i lavori e ordinava le offerte presentate secondo i punteggi attribuiti in base ai criteri, precisando che "..nell'elenco ordinato di cui sopra (la) Giunta Municipale ha la massima libertà di scelta del professionista cui affidare l'incarico".

La Giunta Municipale, con la delibera n. 180 dell'11 maggio 2001, conferiva l'incarico de quo alla Progeo Geologi Associati, assumendo che quest'ultima "…oltre ad aver conseguito un giudizio di valore ottimale in relazione ai requisiti richiesti per la redazione delle indagini di supporto agli strumenti urbanistici in oggetto, ha presentato sulla base delle notevoli conoscenze territoriali e delle precedenti collaborazioni con relative istituzioni cartografiche, una offerta economica estremamente vantaggiosa"; in data 2 luglio 2001 veniva anche stipulata la relativa convenzione tra il Comune di Bibbiena e la Progeo Geologi Associati.

La ditta Geo Eco Progetti, che - secondo quanto risultava dai lavori della commissione incaricata di valutare le istanze di partecipazione alla selezione – aveva ottenuto il punteggio più alto (60 punti, laddove la Progeo Geologi Associati aveva conseguito 57 punti), con il ricorso notificato il 4 ottobre 2001, chiedeva al TAR della Toscana l'annullamento della predetta delibera (e dell'avviso pubblico del 20 luglio 2000, nella parte in cui riservava all'amministrazione la facoltà di valutare insindacabilmente l'opportunità del conferimento dell'incarico in base all'esame dei curricula presentati, ed il regolamento comunale dei contratti, che attribuiva alla Giunta l'individuazione del soggetto cui conferire l'incarico in questione).

Con quattro motivi (rubricati rispettivamente: "violazione della lex specialis di gara – eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà"; "violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 e dell'art. 17 l. n. 109/94 – difetto assoluto di motivazione – eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità della motivazione – sviamento di potere"; "in via subordinata: illegittimità della clausola del bando di gara nella parte in cui prevede che l'amministrazione si riserva la facoltà di valutare insindacabilmente l'opportunità del conferimento in base all'esame dei curricula presentata" e

“violazione degli art. 107 e 192 della legge 18 agosto 2000, n. 267, comma 3, lett. b)”), la ricorrente deduceva l’illegittimità del provvedimento impugnato, in quanto emesso in violazione delle regole della procedura, rilevando, per un verso, che la clausola di riserva inserita nell’avviso pubblico poteva essere interpretata solo nel senso di non attribuire l’incarico, ma non già in quello – del tutto irragionevole ed inammissibile – di scegliere arbitrariamente il soggetto cui affidare l’incarico e, per altro verso, che in ogni caso non erano state neppure esplicitate le ragioni per le quali l’amministrazione si era discostata dalle conclusioni della commissione; che la competenza, non solo a presiedere la gara, ma anche ad individuare il soggetto cui affidare l’incarico, spettava esclusivamente al dirigente e non già alla giunta municipale.

Il TAR, con l’ordinanza n. 1203 del 25 ottobre 2001, accogliendo l’istanza cautelare, ingiungeva al Comune di procedere ad una “nuova valutazione suffragata da un’adeguata motivazione, che tenga conto della comparazione con tutte le ditte che hanno partecipato alla selezione in questione”.

In sede di esecuzione di tale ordinanza, la Giunta Municipale con la delibera n. 411 del 16 novembre 2001, comparate le offerte presentate dalla ricorrente e dalla controinteressata, confermava il dispositivo del precedente atto deliberativo (n. 180 dell’11 maggio 2001), dando atto che il nuovo provvedimento si configurava come integrativo della motivazione della precedente impugnata delibera; quindi, con l’atto n. 1078 del 26 novembre 2001, il responsabile del servizio confermava l’affidamento dell’incarico alla ditta Progeo Geologi Associati.

La Geo Eco Progetti impugnava anche tale delibera con i motivi aggiunti notificati il 22 giugno 2002 ed ha chiesto, altresì, l’accertamento dell’obbligo dell’amministrazione di conferirle l’incarico a titolo di risarcimento in forma specifica ovvero di risarcirle il danno per equivalente; l’impugnativa era incentrata su quattro ordini di censure (“violazione applicazione dell’art. 97 Cost. – violazione e falsa applicazione della lex specialis della gara – violazione del principio di imparzialità – violazione dell’art. 3 L. 241/90 – eccesso di potere per sviamento – illogicità – contraddittorietà, carenza di motivazione”; “violazione applicazione dell’art.97 della Costituzione, sotto ulteriore profilo – violazione del principio di imparzialità, dell’art. 3 L. 241/90 e dell’art. 17 L. 109/94 sotto ulteriore profilo – violazione della lex specialis della gara sotto ulteriore profilo – eccesso di potere per sviamento, sotto ulteriore profilo; carenza di motivazione; carenza di presupposti; difetto di istruttoria; travisamento; illogicità manifesta”; “violazione e falsa applicazione di legge, in relazione agli artt. 107 e 192 della legge 18.8.2000, n. 267, comma 3, lett.b), incompetenza”; “In ordine, in via subordinata, all’aggiudicazione dell’incarico – in conseguenza dell’annullamento dei provvedimenti impugnati – alla ricorrente (risarcimento in forma specifica) – In ordine, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente – In ordine alle spese di giudizio”), con cui venivano estese anche ai nuovi provvedimenti le censure formulate con il ricorso principale, rilevandosi in particolare che la nuova valutazione delle offerte – per altro parziale rispetto a quanto stabilito dall’ordinanza

cautelare – era avvenuta in base a criteri diversi da quelli fissati dall'avviso di gara, senza alcuna motivazione sulla asserita (ma indimostrata, proprio sulla scorta dei curricula prodotti) prevalenza dell'offerta della controinteressata, ingiustificatamente considerata "di gran lunga la migliore"; inoltre, censurati i nuovi provvedimenti anche per incompetenza, la ricorrente chiedeva, quale risarcimento in forma specifica, di essere dichiarata vincitrice della selezione, con attribuzione dell'incarico ai sensi dell'articolo 35 del d. le. N. 80 del 1998, come modificato dalla legge n. 205 del 2000, e in via subordinata chiedeva la condanna dell'amministrazione al risarcimento per equivalente del danno fissato nella misura del 10% della propria offerta economica per un ammontare di €. 3.916,35 ovvero nella diversa somma ritenuta di giustizia, oltre al pagamento delle spese di giudizio.

Con la sentenza n. 1020 del 20 maggio 2002, il TAR respingeva il ricorso, ritenendo infondate tutte le censure formulate con il ricorso principale e con i motivi aggiunti.

Ad avviso del TAR, trattandosi dell'affidamento di un servizio di importo nettamente inferiore alla soglia comunitaria, non trovava applicazione il decreto legislativo n. 157 del 1995 sugli appalti di servizi e l'amministrazione aveva correttamente espletato una procedura di gara informale che le lasciava piena libertà di scelta del contraente, tanto più che essa non si era autovincolata a determinate valutazioni o a determinati punteggi: sotto tale profilo, la clausola dell'avviso pubblico con cui l'amministrazione si era riservata la valutazione insindacabile di conferire l'incarico era pienamente legittima, mentre la commissione incaricata di valutare le offerte aveva una funzione meramente istruttoria.

Non sussisteva, poi, il difetto di competenza della Giunta Municipale, atteso che, trattandosi di un incarico fiduciario, si era in presenza di un atto di indirizzo; ciò senza contare che successivamente era stato il responsabile del servizio urbanistica (determina n. 1078 del 26 novembre 2001) a confermare l'aggiudicazione alla Progeo Geologi Associati; né si rinveniva il dedotto vizio di motivazione della ricordata determina del responsabile del servizio urbanistica, essendo stata richiamata per relationem la delibera di Giunta comunale n. 411 del 16 novembre 2001.

Con riguardo ai motivi aggiunti, il TAR riteneva errato il richiamo alla legge n. 109 del 1994 che, riguardando i lavori pubblici, non poteva trovare applicazione nel caso di specie, in cui si trattava di un appalto di servizi al di sotto della soglia comunitaria e pertanto disciplinato dalla normativa generale dei contratti, pienamente rispettata in concreto; d'altra parte, a seguito dell'ordinanza cautelare, l'amministrazione aveva proceduto ad una ulteriore e approfondita valutazione delle offerte in competizione, non potendo dubitarsi, con riferimento al canone fondamentale dell'economicità dell'azione amministrativa, della legittimità della valutazione delle

offerte fondate sul criterio della convenienza economica.

Con il gravame in esame, la Geo Eco Progetti ha appellato la sentenza del TAR, chiedendone la riforma in base a quattro articolati motivi di censura, rubricati rispettivamente “violazione dell’art. 97 Cost. Violazione del principio di imparzialità, violazione dell’art. 3 L. 241/90. Eccesso di potere per sviamento, illogicità, contraddittorietà, carenza di motivazione” (primo motivo); “Violazione dell’art. 97 della Costituzione, sotto ulteriore profilo. Violazione del principio di imparzialità, dell’art. 3 L. 241/90 e dell’art. 17 L. 109/94 sotto ulteriore profilo. Violazione della lex specialis della gara, sotto ulteriore profilo. Eccesso di potere per sviamento, sotto ulteriore profilo; carenza di motivazione; carenza di presupposti; difetto di istruttoria; travisamento; illogicità manifesta” (secondo motivo); “violazione e falsa applicazione di legge, in relazione agli artt. 107 e 192 della legge 18.8.2000, n. 267, comma 3, lett. b)” (terzo motivo); “sulla domanda di condanna al risarcimento del danno ed alle spese di giudizio” (quarto motivo).

Secondo le tesi dell’appellante, i primi giudici avrebbero erroneamente respinto il ricorso ed i motivi aggiunti proposti in primo grado, atteso che l’amministrazione comunale aveva autolimitato la propria facoltà di scelta del contraente, così che non solo non si era in presenza di una gara informale, come erroneamente ritenuto dai primi giudici, per quanto proprio la scelta del contraente doveva avvenire sulla scorta degli stessi criteri fissati dall’amministrazione nell’avviso di gara e della conseguente graduatoria approntata dalla commissione incaricata di valutare le offerte, non potendosi prendere in considerazione altri elementi di giudizio o di valutazione: pertanto, non poteva dubitarsi che l’incarico oggetto della gara non avrebbe potuto che essere conferito ad essa appellante, tanto più che anche la successiva valutazione comparativa effettuata dall’amministrazione comunale a seguito della pronuncia cautelare dei primi giudici era assolutamente errata ed immotivata.

Sotto altro profilo, poi, l’appellante ha altresì reiterato la censura relativa al vizio di incompetenza che inficierebbe gli atti impugnati (indizione della gara per il conferimento dell’incarico professionale, presidenza del seggio di gara, adozione della successiva determinazione di approvazione degli atti della commissione), in quanto adottati dalla giunta municipale invece che dal dirigente responsabile del settore, non potendo condividersi la predicata natura di atto di indirizzo politico dell’incarico fiduciario relativo alla redazione del piano regolatore generale; né tale vizio poteva considerarsi emendato dalla successiva attività amministrativa, in quanto con la determinazione in data 22 novembre 2001 il responsabile del servizio urbanistico si era limitato a prendere atto della delibera della Giunta Comunale n. 411 del 16 novembre 2001 di mera conferma del proprio precedente deliberato (n. 180 dell’11 maggio 2001).

L’appellante ha riproposto anche la domanda di risarcimento del danno per equivalente, quantificandolo nella misura minima del 10% della offerta economica proposta per un importo complessivo pari a €. 3916, 35, ovvero nella diversa somma ritenuta di giustizia.

Ha resistito al gravame il Comune di Bibbiena che ne ha chiesto il rigetto, deducendone la inammissibilità, improcedibilità ed infondatezza.

DIRITTO

I. L’appello è fondato e deve essere accolto.

I.1. Meritano innanzitutto favorevole considerazione i primi due motivi di appello (che per la loro connessione vanno trattati congiuntamente), con i quali è stata lamentata l’erroneità della sentenza per aver ritenuto legittimo l’affidamento dell’incarico alla Progeo Geologi Associati, laddove esso era invece inficiato da violazioni dell’articolo 97 della Costituzione, dell’articolo 3 della legge n. 241 del 1990, dell’articolo 17 della legge n. 109 del 1994, nonché da eccesso di potere nelle sintomatiche figure dello sviamento, del difetto di istruttoria, del difetto di motivazione, nonché della illogicità e della contraddittorietà.

Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

I.1.1. Diversamente da quanto ritenuto dalla sentenza gravata, il conferimento di un incarico professionale di consulenza per gli aspetti geologici nell’ambito della redazione di un piano strutturale (urbanistico) e di un regolamento edilizio non rientra né nell’ambito della disciplina degli appalti di lavori pubblici (trattandosi invero di un’attività professionale – qualificata locatio operis – riferibile ad una scelta eminentemente fiduciaria del professionista, Cass. SS.UU. 19 ottobre 1998, n. 10370; C.d.S., sez. IV, 27 novembre 2000, n. 6315; 28 agosto 2001, n. 4573; sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4433), né in quella degli appalti di servizi (non rinvenendosi i caratteri propri dell’appalto di servizio ex art. 1655 C.C. e art. 3 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, giacché l’appalto si distingue dal contratto d’opera in quanto l’appaltatore deve essere una media o grande impresa, C.d.S., sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4573).

D’altra parte, anche se non è espressamente disciplinato il conferimento di tali incarichi fiduciari, in base ai principi di trasparenza e di buon andamento l’amministrazione può stabilire le regole per l’individuazione in concreto del soggetto più idoneo ed adeguato (per professionalità, esperienze, conoscenze tecniche) cui conferire il predetto incarico fiduciario, regole alle quali essa stessa è poi ineluttabilmente vincolata, proprio in ossequio ai principi fondamentali di legalità, imparzialità e buon andamento fissati dall’articolo 97 della Costituzione.

In tal caso, le prescrizioni contenute nel bando di gara e nella lettera d'invito costituiscono la lex specialis della gara e vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa amministrazione che non conserva, perciò, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione (ex pluribus, C.d.S., sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3297; sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32; 13 novembre 2002, n. 6300), né può disapplicarle (neppure nel caso in cui talune delle regole stesse risultino inopportune, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando, C.d.S., sez. V, 30 dicembre 2004, n. 8292; sez. VI, 1 ottobre 2003, n. 5712; 14 gennaio 2002, n. 166).

Le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti, nonché la salvaguardia del valore della loro par condicio, impongono, poi, di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, per cui deve essere preclusa qualsiasi esegesi delle stesse non giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato ovvero palesante significati non desumibili dalla loro originaria formulazione (C.d.S., sez. V, 15 aprile 2004, n. 2162); a tale principio si oppone quello della sanabilità delle (sole) irregolarità formali, di derivazione comunitaria e rilevante anche nell'ordinamento interno, che consente di attenuare il rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale, sempreché esse non incidano sull'assetto sostanziale degli interessi coinvolti nella procedura e non alterino le regole riguardanti la par condicio dei concorrenti (C.d.S., sez. V, febbraio 2004, n. 364) e purché sussistano dubbi sulla esatta portata delle prescrizioni di gara (C.d.S., sez. V, 25 gennaio 2003, n. 357) ovvero le stesse possano dar luogo a più interpretazioni sugli adempimenti richiesti alle imprese (C.d.S., sez, V, 2 marzo 1999, n. 223).

I.1.2. Nella specie, emerge dalla precedente esposizione in fatto che, per l’affidamento dell’incarico di consulenza per gli aspetti geologici per la redazione del piano strutturale e del regolamento edilizio, l’amministrazione comunale di Bibbiena aveva procedimentalizzato la fase di scelta del contraente, prevedendo i requisiti delle offerte, fissando i criteri di preferenza e stabilendo che la valutazione delle offerte sarebbe stata effettuata da una commissione (che, come risulta dal verbale n. 1 del 1° marzo 2001, ha poi integrato i criteri per procedere effettivamente alla valutazione delle offerte).

La scelta del soggetto cui affidare l'incarico di consulenza doveva pertanto avvenire in base a tali criteri, dovendo l'amministrazione necessariamente conformarsi alle conclusioni dell'attività istruttoria svolta dalla commissione incaricata di valutare le offerte, salva la possibilità di motivare adeguatamente le ragioni per le quali avesse ritenuto di non poterne condividere le risultanze.

Sennonché, malgrado la commissione avesse considerato migliore l'offerta della Geo Eco Progetti (in base ai parametri stabiliti, incontestati nel corso del procedimento), la Giunta Municipale con la delibera n. 180 dell'11 maggio 200, pur affermando espressamente di fare proprie le risultanze della predetta commissione "…in relazione ai giudizi di valore attribuiti ai vari titoli preferenziali per l'attribuzione dell'incarico", decideva di affidare l'incarico in questione alla Progeo Geologi Associati, assumendo che quest'ultima "…oltre ad aver conseguito un giudizio di valore ottimale in relazione ai requisiti richiesti per la redazione delle indagini di supporto agli strumenti urbanistici in oggetto ha presentato sulla base delle notevoli conoscenze territoriali e delle precedenti collaborazioni con relative restituzioni cartografiche, una offerta economica estremamente vantaggiosa per l'amministrazione comunale".

Risultano così sussistenti tutti i profili di eccesso di potere dedotti dall'appellante, perché – in assenza di adeguata motivazione – la giunta ha preferito l'offerta della Progeo Geologi Associati, laddove, come risulta dal verbale della commissione n. 3 del 31 marzo 2001, risultava l'offerta complessivamente migliore dell'appellante: al riguardo, è sufficiente rilevare che l'avviso pubblico non aveva previsto come elemento decisivo ai fini del conferimento dell'incarico la convenienza economica dell'offerta, come incongruamente ritenuto dall'amministrazione.

Per escludere la sussistenza dei medesimi profili di eccesso di potere, non rileva il fatto che la commissione abbia integrato i criteri di valutazione contenuti nell'avviso: al riguardo, emerge pacificamente dalla lettura della sua motivazione che la delibera della giunta municipale ha fatto proprio l'operato della stessa commissione, condividendo quindi anche la scelta di stabilire i criteri di valutazione delle offerte in virtù dei quali è stata poi approntata la valutazione finale delle offerte.

I.1.3. In base a tali considerazioni, non può condividersi l'assunto dei primi giudici secondo cui l'affidamento dell'incarico alla Progeo Geologi Associati si sarebbe legittimamente basato sulla clausola dell'avviso pubblico che riservava all'amministrazione la facoltà di valutare insindacabilmente l'opportunità del conferimento in base all'esame dei curricula presentati.

Invero, poiché l'attività della pubblica amministrazione deve ispirarsi ai principi fondamentali di legalità, imparzialità e buon andamento, fissati nell'articolo 97 della Costituzione, la medesima clausola va interpretata nel senso che l'amministrazione avrebbe potuto decidere di non conferire l'incarico (pur in presenza di offerte adeguate e convenienti), ma non poteva invece legittimamente affidarlo ad un soggetto diverso da chi aveva presentato l'offerta considerata migliore dalla commissione e, in ogni caso, senza una adeguata motivazione che specificasse le ragioni per le quali non potevano essere accolte le conclusioni formulate dalla commissione.

I.1.4. Risulta viziata da eccesso di potere anche la successiva delibera della Giunta Municipale n. 411 del 16 novembre 2001, con la quale l'amministrazione, in asserita esecuzione dell'ordinanza cautelare del TAR n. 1023 del 25 ottobre 2001, confermava il proprio precedente avviso di conferire l'incarico alla Progeo Geologi Associati.

Invero, la Sezione rileva che del tutto illogicamente l'amministrazione ha sostenuto di non essere vincolata ai criteri di valutazione in precedenza fissati dalla commissione, laddove nella precedente deliberazione (n. 180 dell'11 maggio 2001) aveva invece espressamente affermato di fare propria l'attività istruttoria svolta dalla medesima commissione (non potendo dubitarsi che l'attività istruttoria comprende non solo la valutazione finale delle offerte, ma anche i criteri in base ai quali tale valutazione è avvenuta).

Del resto, anche nella ulteriore valutazione comparativa delle offerte dell'appellante e della aggiudicataria l'amministrazione ha attribuito decisivo rilievo alla convenienza economica dell'offerta della Proteo Geologi Associati, benché – come già rilevato in precedenza – nell'avviso pubblico in data 20 luglio 2000 non vi fosse alcun cenno all'elemento economico, quale decisivo parametro di valutazione delle offerte pervenute (e senza considerare che la stessa commissione aveva valutato le offerte tendendo anche conto dei loro aspetti economici).

Inoltre l'ulteriore provvedimento, che ha comparato solo le offerte dell'appellante e della aggiudicataria, ha tenuto conto di elementi (quali, per esempio, le dimensioni dell'ente) anch'essi non previsti nell'avviso, né preventivamente fissati dall'amministrazione ai fini della nuova valutazione.

I.2. Ugualmente fondato è il motivo di appello con il quale l'appellante ha lamentato che i provvedimenti impugnati, in particolare le delibere di Giunta Municipale con cui era stato originariamente affidato e poi confermato l'incarico in questione alla Progeo Geologi Associati,

erano affetti dal vizio di incompetenza.

Diversamente da quanto statuito dai primi giudici, il collegio ritiene che – mentre l'attività di indirizzo, riservata agli organi elettivi o politici del comune, può consistere anche nella fissazione delle linee generali da seguire e degli scopi da perseguire con l'attività di gestione - la scelta di un contraente nell'ambito di una procedura di gara (ovvero la scelta di professionisti forniti di titoli adeguati per la redazione di strumenti di pianificazione del territorio) costituisce una tipica attività di gestione, finalizzata al raggiungimento degli scopi fissati dall'organo politico, sicché rientra nell'ambito delle competenze dei dirigenti (C.d.S., sez. V, 9 settembre 2005, n.4654; 21 novembre 2003, n. 7632).

Sotto tale profilo, risulta effettivamente sussistente il dedotto vizio di incompetenza della delibera della Giunta Municipale n. 180 dell'11 maggio 2001 e di quella successiva n. 411 del 16 novembre 2001, spettando al dirigente del Servizio urbanistico di prendere atto delle conclusioni istruttorie della commissione incaricata di valutare le offerte e di individuare l'offerta più idonea ed adeguata per il conferimento dell'incarico di consulenza geologica.

I.3. La delineata illegittimità dei provvedimenti di conferimento dell'incarico di consulenza alla Progeo Geologi Associati comporta che la Sezione deve esaminare la domanda risarcitoria avanzata, sin dal primo grado, dall'appellante.

Al riguardo la Sezione rileva che, una volta intervenuto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno deve risultare effettivamente sussistente l'elemento soggettivo quanto meno della colpa (riferibile all'apparato dell'amministrazione), in base ai principi generali applicabili anche quando si tratti della responsabilità amministrativa per la lesione dell'interesse legittimo.

Nel caso di specie, non potendo essere esaminato in questa sede il rilievo del comportamento della aggiudicataria (in assenza di una specifica domanda dell'appellante o dell'amministrazione), non è revocabile in dubbio che l'illegittimità dei provvedimenti impugnati è stata causata dalla evidente violazione delle regole di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa (e delle prescrizioni dell'originario avviso di gara), sicché sussiste l'elemento psicologico della colpa.

La domanda risarcitoria risulta dunque fondata, atteso che, come risulta dal verbale n. 3 del 31 marzo 2001, l'offerta presentata dalla Geo Eco Progetti era stata considerata dalla commissione la migliore dal punto di vista complessivo (tecnico ed economico, secondo i criteri condivisi dalla stessa giunta).

Quanto alla concreta determinazione del danno risarcibile, la Sezione ritiene di dover accogliere la richiesta dell'appellante, fissando la misura del lucro cessante, in mancanza di qualsiasi contestazione da parte dell'amministrazione appellata ed in ragione della peculiarità dell'affidamento e dell'importo indicato nell'originario avviso, del 10% dell'offerta economica pari a lire 75.831.182 e quindi in lire 7.583.118, pari ad euro 3.916,35.

Trattandosi di una somma di valore, tale importo deve essere rivalutato all'attualità e sulla somma così rivalutata spettano gli interessi legali a decorrere dalla data di pubblicazione della presente decisione.

II. In conclusione, per le considerazioni svolte, l'appello va accolto e, in riforma dell'impugnata sentenza, vanno annullati gli atti impugnati col ricorso e con i motivi aggiunti proposti in primo grado dalla Geo Eco Progetti, con condanna del Comune di Bibbiena anche al risarcimento del danno, nella misura sopra fissata.

La condanna al pagamento delle spese e degli onorari dei due gradi del giudizio segue la soccombenza. Di essa è fatta liquidazione in dispositivo.

P.Q.M

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) accoglie l'appello n. 8667 del 2002 e, in riforma della sentenza del TAR della Toscana, sez. II, n. 1020 del 20 maggio 2002, accoglie il ricorso di primo grado e così provvede:

annulla le delibere della Giunta Municipale di Bibbiena n. 180 dell'11 maggio 2001 e n. 411 del 16 novembre 2001, nonché gli ulteriori provvedimenti con cui l'amministrazione comunale di Bibbiena ha affidato alla Proteo Geologi Associati l'incarico di consulenza per gli spetti geologici

di cui all'avviso pubblico del 20 luglio 2000;
condanna il Comune di Bibbiena al pagamento in favore della Geo Eco Progetti della somma di euro 3.916,35, da rivalutarsi all'attualità, oltre interessi legali dalla data di pubblicazione della presente decisione, a titolo di risarcimento del danno;
condanna il Comune di Bibbiena al pagamento in favore della Geo Eco Progetti delle spese e degli onorari del doppio grado di giudizio, che si liquidano complessivamente in €. 4.500,00 (di cui €. 1.000,00 per il giudizio di primo grado e €. 3.500,00 per il presente grado di appello).

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

Così deciso in Roma, addì 20 novembre 2007, dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato, riunita in camera di

consiglio, con l'intervento dei seguenti magistrati:

LUIGI MARUOTTI - Presidente f.f.

ANTONINO ANASTASI - Consigliere

VITO POLI - Consigliere

BRUNO MOLLICA - Consigliere

CARLO SALTELLI - Consigliere, est.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE F.F.

Carlo Saltelli Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO

Giacomo Manzo

Depositata in Segreteria
Il 29/01/2008

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Il Dirigente

Dott. Giuseppe Testa

N.R.G. 8667/2002