T. A. R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 24 aprile 2009, n. 293

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia
Prima Sezione
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 493 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
C. N. G., O. R. dei G. del Fvg, rappresentati e difesi dall'avv. A. L., con domicilio eletto presso l'avv. M. B., in T., via M. 17;
contro
Comune di T., rappresentato e difeso dagli avv. M. S. G., V. F. e V. M., domiciliato per legge in T., via G. 2; Universita' degli Studi di T., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata per legge in T., piazza D. 3;
per l'annullamento
previa sospensione dell'efficacia,
della deliberazione della Giunta Comunale del Comune di T. dd. 11.8.2008 e della determinazione del Comune di T. dd. 24.9.2008;
quanto ai motivi aggiunti, depositati in data 5 marzo 2009, di altri atti del procedimento.
Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di T.;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Universita' degli Studi di T.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25/03/2009 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:
FATTO e DIRITTO
1. - I ricorrenti C. N. G. e O. R. dei G. del Friuli - Venezia Giulia espongono che, con atto n. 372 dell'11.8.08, il Comune di T. ha deliberato di redigere "internamente" lo studio geologico, con la relativa attestazione di compatibilità, la valutazione di incidenza e la VAS, necessari a tenore dell'art. 9-bis della L.r. 27/88 (articolo aggiunto dall'art. 3, della L.r. n. 15/92), per l'adozione di una Variante al P.R.G. in itinere, e di affidare all'Università o ad altro Ente Pubblico di ricerca l'incarico di "collaborazione per l'approfondimento di specifiche tematiche relative allo studio geologico, alla valutazione di incidenza e alla VAS"; incarico che, con successivo provvedimento n. 3155 del 24.9.08 (che approva anche la relativa convenzione), è stato effettivamente affidato al Dipartimento di Scienze Geologiche, Ambientali e Marine dell'Università degli Studi di T.
1.1. - La convenzione, quale oggetto dell'incarico, indica "la raccolta, predisposizione ed omogeneizzazione di tutti i dati e dei relativi elaborati necessari alla successiva redazione della Relazione Geologica per il territorio del Comune di T., finalizzata all'ottenimento del parere geologico, prima dell'adozione in Consiglio comunale (di cui all'art. 10 della L.r. 27/88 e s.m.) della Variante di Revisione del P.R.G. in corso di predisposizione". L'art. 2 precisa inoltre che l'incarico prevede la raccolta di tutti i dati indicati nell'art. 1, "con la funzione sia di analisi dei relativi rischi che di aggiornamento della cartografia e degli elaborati necessari per permettere" al Comune di verificare la compatibilità delle previsioni

di Piano con le condizioni geologiche e idrauliche del territorio comunale.
1.2. - Esaminata analiticamente la convenzione, i ricorrenti concludono che l'incarico affidato all'Università non consiste, come afferma il Comune, in una semplice attività di ricerca e/o consulenza, di supporto alla redazione della Relazione Geologica, bensì costituisce la Relazione Geologica stessa, cioè consta di una vera e propria attività professionale di esclusiva competenza dei geologi.
E, infatti, in un primo tempo (con l'atto n. 60 del 21.7.08), il Comune si era orientato ad affidare all'esterno, a professionisti (geologi) abilitati, detta attività; tant'è che aveva anche preso contatti in tal senso con l'Ordine Regionale, il quale aveva anche predisposto ed inviato una proposta di bando-tipo, per l'affidamento del servizio.
Poco dopo, peraltro, il Comune, precisato di avere al proprio interno un dipendente con le necessarie qualifiche, mutava orientamento e decideva di redigere direttamente la Relazione Geologica, affidando, appunto, quella che viene definita "attività di supporto" all'Università di T.
1.3. - Premesse alcune considerazioni a sostegno della propria legittimazione, i ricorrenti impugnano il provvedimento n. 372/78, deducendo i seguenti motivi:
1) violazione dell'art. 3 della L. 112/63 e dell'art. 41 del D.P.R. 328/01; in quanto il servizio professionale che il Comune ha affidato con convenzione è di competenza esclusiva della professionalità geologica, quindi non poteva essere svolto dall'Università.
2) Violazione dell'art. 9-bis della L.r. 27/88 e dell'art. 4 del D.P.G.R. 0164/89.
Dalla Convenzione emerge che è stata affidata all'Università proprio la redazione della Relazione Geologica, e non una mera attività di supporto e ricerca. Infatti la Relazione si compone di tre fasi: raccolta di dati, sintesi e valutazione, proposta. Nel caso di specie, tutte le attività sono svolte dall'università, mentre il funzionario interno non ha compiti significativi, con la conseguenza che neppure può compendiare e trarre le conclusioni di indagini cui non ha attivamente partecipato. In definitiva, tutto viene fatto dal Dipartimento di Geologia, le cui prestazioni, quindi, eccedono la mera attività di consulenza e invadono la sfera di competenze proprie del geologo abilitato.
L'Università inoltre non può svolgere le attività poste in convenzione, non avendo tra i suoi dipendenti geologi iscritti all'Albo.
3) Contraddittorietà e illogicità. Sviamento.
Il Comune, dapprima - "data l'impossibilità di utilizzare le risorse umane disponibili all'interno della propria organizzazione" - decideva di far effettuare le indagini geologiche ad un libero professionista, e, solo venti giorni dopo, scoperto improvvisamente di disporre di un dipendente qualificato, decide - contraddittoriamente - di affidare l'incarico all'Università, riservando al proprio dipendente una inconsistente "attività di riepilogo".
4) Violazione degli artt. 34 e 90 del D.Lg. 163/06.
E' stato affidato con convenzione un servizio professionale rientrante tra quelli di cui all'art. 21 del Codice degli Appalti, da attribuirsi previo svolgimento di gara ad evidenza pubblica.
Infatti, l'All II A richiama, al n. 12, i "servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria anche integrata", che a sua volta rinvia alla numerazione del CPV, ove sono espressamente indicati tutte le attività necessarie per redigere la Relazione Geologica.

Inoltre, l'art. 34, con elencazione tassativa, enumera i soggetti cui possono essere attribuiti gli appalti disciplinati dal D.Lg. 163/06, tutti caratterizzati dal requisito dell'imprenditorialità. L'Università non essendo un operatore economico - non vi è contemplata.
5) Violazione dell'art. 2 della L. 287/90 e dei principi di libera concorrenza. Violazione dell'art. 2598, comma 3, del c.c.. Violazione della *par condicio*.
L'affidamento del servizio all'Università - che può fornire la prestazione in posizione di vantaggio - altera la libera concorrenza e la par condicio.
6) Violazione della L. 287/90 per abuso di posizione dominante. Disparità di trattamento; sviamento.
L'ingresso nel mercato delle Università - che possono avvalersi di beni strumentali e prestazioni professionali dei propri collaboratori a costo zero - altera il mercato e danneggia le professioni private.
E ciò è tanto più grave, dato che, nella specie, non è stato previsto alcun meccanismo correttivo
7) Violazione degli artt. 48, 49 e 50 del Trattato UE anche in relazione ai contenuti della Direttiva 2004/18/CE.
Stante il principio della libertà di prestazione dei servizi, il *modus operandi* del Comune è illegittimo anche per aver l'Ente contattato solo soggetti pubblici, e nessun libero professionista geologo. Inoltre, è stata omessa ogni necessaria pubblicità della gara.
8) Violazione dell'art. 57 del D.Lg. 163/06 e dei principi comunitari in materia di affidamento dei contratti pubblici.
Il Comune ha, di fatto, posto in essere una procedura negoziata senza pubblicazione di alcun bando di gara.
Se ciò può anche essere legittimo (stante l'importo della gara), tuttavia va rammentato che la procedura negoziata senza bando è ammessa solo in casi specifici, tassativamente previsti, e "con adeguata motivazione".
Il caso di specie non rientra in alcuno delle ipotesi normativamente previste e non è stato comunque adeguatamente motivato.
La regola - anche per gli appalti sotto soglia, quale quello all'esame - è quella della gara ad evidenza pubblica, con pubblicazione di un bando di gara e un'adeguata pubblicizzazione della selezione, e una procedura che segue le regole di trasparenza, *par condicio* e non discriminazione.
2. - Si sono costituiti in giudizio il Comune di T. e l'Università degli Studi di T., che puntualmente controdeducono nel merito del ricorso, concludendo per la sua reiezione.
3. - Con ordinanza istruttoria n. il Collegio ha chiesto al Comune di T. di dimettere alcuni documenti.
4. - Esaminate le ulteriori produzioni, i ricorrenti hanno proposto motivi aggiunti, avverso l'affidamento dell'incarico all'Università, alla stregua del Regolamento per le Spese in Economia, con i quali hanno dedotto:
1) violazione dell'art. 253 del D.Lg. 163/06.
Il Comune afferma di aver svolto, nella specie, una trattativa privata semplificata, applicando - per analogia procedimentale - l'art. 7, lett. b) del proprio Regolamento.
In realtà - come confessoriamente dichiarato dallo stesso Comune nella relazione del Dirigente - doveva essere applicato il Codice degli Appalti, il quale prevede, per gli appalti i servizi - anche sotto soglia, la gara pubblica, limitando la trattativa privata ai casi particolari di cui agli artt. 56 e 57, tra i quali quello all'esame non rientra.
2) Violazione dell'art. 125 del D.Lg. 163/06.

Nella specie, mancano i presupposti di cui all'art. 125 per l'acquisizione del servizio in economia. Inoltre, risulta violato lo stesso Regolamento richiamato dal Comune.
E invero, anche ammesso che, per il valore della prestazione, fosse possibile acquisirla in economia, deve in ogni caso essere rispettato l'art. 125, il che non è, in quanto non si tratta di prestazione realizzabile direttamente dall'Ente, non sono stati consultati i 5 soggetti (numero minimo previsto) e sono state violate le regole minime che devono presidiare anche questa tipologia di gara (ad esempio: si è accettata l'offerta dell'Università, ancorchè tardiva)
3) Violazione dell'art. 4, comma 1, lett. c) del Regolamento comunale.
L'articolo in questione esclude in modo espresso che si possano affidare con le modalità ivi previste i "servizi di ingegneria e architettura", tra i quali sono pacificamente ricompresi - per espressa indicazione normativa - quelli oggetto della convenzione.
4) e 5) Con questi motivi si ribadisce che non sono stati interpellati il numero minimo di soggetti (cinque) previsti sia dal Codice degli appalti che dal Regolamento comunale, e che si è accettata l'offerta dell'Università, ancorchè tardivamente presentata.
5. - Il ricorso è fondato e va, conseguentemente, accolto nei termini di seguito esposti.
5.1. - Innanzi tutto va verificata la legittimazione dei ricorrenti C. N. G. e O. R. dei G. del Friuli - Venezia Giulia.
Con il ricorso (e relativi motivi aggiunti) si contesta la asserita lesione delle prerogative professionali dei geologi, la loro illegittima esclusione dalla possibilità di presentare offerta a causa della (parimenti illegittima) omessa predisposizione di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di cui trattasi.
Così precisato l'oggetto del giudizio, la legittimazione e l'interesse dei ricorrenti sono di tutta evidenza (come stabilito da giurisprudenza assolutamente costante: si veda, ad esempio e da ultimo: C.S. n. 2178/08 "è principio generale quello secondo cui un ordine professionale è legittimato al ricorso per la difesa degli interessi di categoria dei soggetti di cui ha la rappresentanza istituzionale ogni qualvolta si tratti di agire a tutela della professione stessa o di attribuzioni proprie dei professionisti ovvero ancora quando bisogna perseguire vantaggi strumentali giuridicamente riferibili alla sfera categoriale").
5.1.1. - Tuttavia, se gli istanti sono legittimati a dolersi del fatto che il Comune abbia affidato in economia (e non attraverso una gara ad evidenza pubblica) il servizio di cui trattasi, non hanno invece né legittimazione né interesse a dolersi del modo in cui tale procedura è stata condotta ovvero del fatto che l'incarico sia stato assegnato all'Università piuttosto che ad altro soggetto (in particolare non hanno ragione di dolersi né del numero di soggetti interpellati e neppure della eventuale accettazione di un'offerta asseritamente tardiva).
Ne consegue che il Collegio si limiterà alla delibazione delle censure che incidono direttamente sull'interesse di cui sono portatori i ricorrenti, verificando i seguenti punti: se l'attività di cui si controverte sia effettivamente una consulenza di supporto all'operato del funzionario interno che predisporrà la Relazione Geologica o sia, invece, la Relazione Geologica medesima (o meglio: se la Relazione Geologica ammetta "attività di supporto" affidate e svolte da soggetti diversi dal geologo che la sottoscriverà e se ne assumerà la responsabilità); se per l'affidamento di tale attività era necessaria una gara ad evidenza pubblica; se era possibile l'affidamento in economia, e, in questo ultimo caso, se poteva essere applicato, "per analogia", il Regolamento dell'Ente.

5.2. - Merita partire dalla pacifica affermazione che la Relazione Geologica che - a tenore della L.r. 27/88 deve essere predisposta quando si intenda modificare in modo sostanziale il P.R.G. - consta di un'attività di esclusiva competenza della professionalità geologica (in questo senso si veda, da ultimo e per tutti: C.S. n. 5909/08).
Peraltro, detta Relazione può essere redatta sia da un geologo interno (a ciò abilitato) che da professionisti esterni all'Ente.
Nel caso di specie, il Comune dopo aver, in un primo tempo, stabilito di affidare tale attività all'esterno, non possedendo tra i suoi funzionari alcun geologo abilitato, ha deciso, in un secondo momento - avendo, a seguito di concorso interno, selezionato un funzionario con adeguata professionalità - di far redigere la Relazione Geologica dal proprio tecnico, avvalendosi, per quelle che vengono definite "attività di supporto", dell'ausilio dell'Università ovvero di un Ente Pubblico esterno.
Due osservazioni si impongono: innanzi tutto che le così dette "attività di supporto", come dettagliatamente descritte nella convenzione, in realtà costituiscono (ed esauriscono) l'intero contenuto della Relazione Geologica, cosicchè finiscono per coincidere con essa, residuando al funzionario interno la mera sottoscrizione di quanto da altri indagato, accertato, "omogeneizzato" e valutato.
Correttamene osservano i ricorrenti che la raccolta di dati, gli accertamenti, compilazioni, valutazioni e financo la sintesi finale delle indagini effettuate (cioè tutti i compiti che, per legge spettano al geologo) vengono svolte dall'Università, e che, in tale contesto, il geologo interno non ha alcun ruolo.
Ad colorandum, va aggiunto che, dal *curriculum* dello stesso, si evince come (oltre a non essere neppure iscritto all'albo, quando l'incarico è stato attribuito) tale soggetto abbia, nella specifica materia, esperienza limitatissima, cosicchè risulta - di fatto - oltremodo improbabile che possa svolgere un ruolo attivo nella complessa materia.
Di fatto, dunque, Comune ha commissionato all'Università la compilazione della Relazione Geologica, di specifica competenza del geologo.
5.3. - Va, a questo punto, verificato se detta Relazione costituisca un servizio, soggetto a gara ad evidenza pubblica.
Così è.
Infatti, come correttamente precisano i ricorrenti, la Relazione consta di un'insieme di attività sicuramente soggette alle regole di cui al D.Lg. 163/06, in quanto "servizio" ricompreso tra quelli di cui all'all. II A, che, alla cat. 12, richiama espressamente i "servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica; servizi di sperimentazione tecnica e analisi". Tale cat. 12, per quanto qui rileva, rimanda - con i numeri ivi indicati - alle specificazioni di cui al Regolamento del Parlamento europeo n. 2195 del 5.11.02, contenente il Vocabolario Comune per gli Appalti. In particolare, al n. 74271220 - 7 sono indicati i "servizi di consulenza geologica", al n. 74274000-0 i servizi di "cartografia" e al n. 74274000-1, i servizi di "cartografia digitale".
Ne consegue, incontrovertibilmente (come peraltro già stabilito dalla giurisprudenza, si veda: TAR Toscana n. 1020/02), che la Relazione Geologica costituisce un "servizio" da affidare (qualora l'Ente non sia in grado, come nel caso di specie, di redigerlo internamente, in tutte le sue fasi) con gara ad evidenza pubblica, soggetta, oggi, alle regole di cui al D.Lg. 163/06, quindi con previa pubblicazione di un bando che offra la possibilità di partecipare a tutti i soggetti

interessati in possesso delle qualifiche professionali previste dalla legge.
Quanto esposto, dato che gara ad evidenza pubblica non vi è stata, sarebbe già sufficiente ad accogliere il ricorso.
5.4. - Tuttavia merita affrontare ancora una questione.
Il Comune, pur ammettendo - confessoriamente - che si sarebbe dovuto applicare il D.Lg. 163/06, precisa che, trattandosi comunque di gara sottosoglia, ha ritenuto invece di utilizzare - per analogia procedimentale - il proprio Regolamento per le Spese in Economia, come consentito dall'art. 125, che ammette, appunto, l'acquisizione in economia anche di servizi, mediante "amministrazione diretta" o procedura negoziata di "cottimo fiduciario".
Queste conclusioni non possono essere condivise.
Innanzi tutto, se pure il servizio di cui si controverte avrebbe potuto essere acquisito tramite cottimo fiduciario, si sarebbe dovuto applicare integralmente l'art. 125 del D.Lg. 163/06. Essendo pacifico che così non è avvenuto, appare superfluo indagare in merito alla sussistenza o meno dei requisiti ivi previsti.
Per quanto concerne l' utilizzabilità - nel caso all'esame - del Regolamento del Comune (e non anche dell'art. 4 della L.r. 12/03), pare che essa sia da escludere (anche a prescindere dalla possibilità di applicarlo "per analogia" a fattispecie soggette al Codice egli Appalti) a tenore delle sue stesse disposizioni.
Stabilisce, infatti, l'art. 4, comma 1, lett. c), intitolato "lavori forniture e servizi in economia", che il Comune può affidare, appunto, in economia "indagini, studi e rilevazioni" purchè "non attinenti i servizi di ingegneria e architettura", si suppone per il particolare tecnicismo che accompagna tali attività. E poiché l'art. 1 espressamente dichiara che il Regolamento disciplina la materia delle spese in economia "secondo quanto previsto dalla vigente normativa comunitaria, statale e regionale", se ne deve dedurre che alla generica dicitura "servizi di ingegneria e architettura" va dato - per il rinvio dinamico di cui all'art. 1 del Regolamento - il contenuto di cui alle voci ricomprese nel n. 12 dell'all. II A del D.Lg. 163/06, di cui ai numeri del CPV da 742000000-1 a 74276400 - 0. Ne consegue che restano esclusi dalla possibilità di cottimo fiduciario, come già esposto, anche a tenore di Regolamento, i servizi di consulenza geologica e cartografica.
In definitiva, alla stregua delle osservazioni che precedono, il ricorso va accolto.
6. - Le spese seguono la soccombenza, pertanto il Comune di T. viene condannato alla rifusione, in favore dei ricorrenti, della spese e competenze di causa, che pare equo quantificare in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00), al netto di IVA e c.p.a.. Va altresì rifuso (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell'art. 13, comma VI *bis*, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, il contributo unificato pari ad € 2.000,00 (duemila).

P.Q.M.

l Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.
Condanna il Comune di T. al pagamento, in favore dei ricorrenti, delle spese delle competenze di causa che liquida complessivamente in € 5.000,00 (cinquemila/00) oltre ad iva e c.p.a.. Va altresì rifuso (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza) il contributo unificato corrisposto dal ricorrente pari ad € 2.000,00 (duemila/00)
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 25/03/2009
con l'intervento dei Magistrati:
Saverio Corasaniti, Presidente
Vincenzo Farina, Consigliere
Rita De Piero, Consigliere, Estensore
L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 24/04/2009
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL SEGRETARIO