

N. 08006/2010 REG.SEN.
N. 01014/2010 REG.RIC.



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

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 1014 del 2010, proposto da:
Ordine degli Ingegneri della Provincia di Pesaro ed Urbino, in
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dagli avv. Andrea Manzi, Luigi Manzi e Gianni Zgagliardich,
con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Federico
Confalonieri, 5;

contro

Marche Multiservizi S.p.A., in persona del legale pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avv. Gianluca Bucci e Antonio Carullo,
con domicilio eletto in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18, presso
lo studio dell'avv. Gian Marco Grez;

nei confronti di

Studio Associato di Ingegneria Ambiente, di Pandolfi Adalberto e

Pandolfi Luca, quale mandatario dell'A.T.P. con Studio Geologico Geotecnico dott. Piergiacomo Beer, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Miranda, con domicilio eletto presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Marche, n. 928 del 2009, resa tra le parti, di reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti proposti dall'Ordine appellante per l'annullamento del provvedimento con il quale la s.p.a. Marche Multiservizi ha indetto la procedura per la selezione dell'affidatario del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva, il coordinamento per la sicurezza e la direzione dei lavori dell'ampliamento della discarica di Cà Asprete, Tavullia -Lotto CIG 012786B0C-, nonché per l'annullamento della lettera d'invito, del relativo disciplinare, dei verbali delle sedute di gara, degli eventuali provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva e dell'eventuale contratto

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della S.p.a. Marche Multiservizi e dello Studio Associato Ingegneria Ambiente di Pandolfi Adalberto e Pandolfi Luca quale mandatario dell'A.T.P. con lo Studio Geologico Geotecnico Dott. Piergiacomo Beer;

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2010, il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Belli, su delega dell' avv. Carullo, e Miranda;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La Marche Multiservizi s.p.a., che gestisce l'impianto per lo smaltimento e valorizzazione dei rifiuti sito in località Cà Asprete nel Comune di Tavullia (PU), ha indetto, con determinazione dell'amministratore delegato n. 2 del 13 febbraio 2008, una procedura negoziata per l'affidamento dell'incarico per la progettazione definitiva ed esecutiva, il coordinamento per la sicurezza e la direzione dei lavori dell'ampliamento della discarica. Nell'assunta urgenza di provvedere all'affidamento dell'incarico la procedura è stata indetta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 57 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, senza pubblicazione del bando di gara, previo invito a 10 studi professionali ritenuti in possesso delle caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa.

L'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Pesaro e Urbino ha proposto ricorso giurisdizionale, poi integrato con motivi aggiunti, presso il T.A.R. Marche per ottenere l'annullamento del provvedimento con il quale la stazione appaltante ha deliberato di indire detta procedura di selezione dell'affidatario del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva, nonché dei successivi atti del

procedimento indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili.

Con la sentenza in questa sede impugnata detto T.A.R. ha ritenuto di prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo (sollevate dalle controparti costituite per tardività, mancata notifica al controinteressato e carenza di legittimazione attiva dell'Ordine ricorrente) stante la ritenuta infondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti, che ha quindi respinto.

Con il ricorso in appello in esame l'Ordine degli ingegneri della Provincia di Pesaro e Urbino ha chiesto l'annullamento della suddetta sentenza, deducendo i seguenti motivi:

1.- Con riferimento al primo motivo del ricorso introduttivo di primo grado e al terzo motivo aggiunto è stata dedotta illogicità e contraddittorietà della motivazione al riguardo contenuta in sentenza e travisamento dei fatti.

Erroneamente il Giudice di primo grado avrebbe ritenuto sussistenti i presupposti indicati dall'art. 57, II c., lettera c), del D. Lgs. n. 163 del 2006 per ricorrere ad una procedura negoziata.

2.- Con riferimento alla reiezione del secondo motivo del ricorso introduttivo è stato dedotto con l'atto di appello che non tutte le voci che formavano l'importo complessivo a base di gara fossero deducibili in via deduttiva dalla documentazione costituente la *lex specialis*, come sostenuto dal T.A.R.; in particolare la voce relativa alle indagini geologiche era priva di ogni parametro di calcolo.

3.- Con riferimento alle deduzioni contenute nella appellata sentenza riguardo al terzo motivo del ricorso introduttivo è stato dedotto che il Giudice di prime cure non avrebbe rilevato che erano assenti dalla documentazione di gara gli elementi essenziali che consentivano di pervenire alla indicazione massima delle offerte accettabili.

4.- Secondo la parte appellante, erroneamente in sentenza sarebbe stato dichiarato inammissibile per carenza di interesse il primo motivo aggiunto al ricorso introduttivo del giudizio, basato sulla circostanza che l'esame delle offerte pervenute era stato effettuato senza lo svolgimento di sedute pubbliche.

5.- Con riferimento alla reiezione del secondo motivo aggiunto al ricorso di primo grado è stato dedotto con l'atto di appello che non sarebbe condivisibile la decisione del T.A.R. Marche di dichiarare infondata, invertendo l'onere della prova, la censura che non sussistevano elementi da cui dedurre che i soggetti interpellati non fossero in possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla procedura de qua.

6.- Con riferimento alla reiezione del quarto motivo aggiunto al ricorso di primo grado, secondo l'appellante, erroneamente il primo Giudice avrebbe ritenuto che, in assenza di aggiudicazione definitiva, fosse stata posta in essere una aggiudicazione implicita e che il termine dilatorio previsto dalla legge prima della stipula del contratto fosse superabile per la particolare urgenza di concludere la procedura de qua.

Con atto depositato il 19.2.2010 si è costituita in giudizio la Marche Multiservizi s.p.a., che ha eccepito la inammissibilità e la improcedibilità del ricorso, deducendone altresì la infondatezza.

Con atto notificato il 17.3.2010 e depositato in pari data la società sopra indicata ha controdedotto all'appello deducendone la infondatezza ed ha svolto appello incidentale deducendo i seguenti motivi:

1.- Erroneità in parte qua della sentenza per omessa pronuncia in merito alle eccezioni preliminari sollevate dalla convenuta in primo grado: violazione dell'art. 112 del c.p.c..

Non solo il ricorso di primo grado non è stato notificato ad almeno un controinteressato, identificabile con lo Studio professionale risultato aggiudicatario della gara, come stabilito dall'art. 21 della L. n. 1034 del 1971, ma l'Ordine degli ingegneri appellante non vantava alcun interesse giuridicamente qualificato nel giudizio de quo.

Detta impresa Marche Multiservizi s.p.a. ha quindi concluso per la reiezione dell'appello e in via gradata, in caso di accoglimento dello stesso, per l'accoglimento dell'appello incidentale, con conseguente declaratoria di inammissibilità, ovvero di improcedibilità, o di infondatezza, del ricorso di primo grado.

Con atto depositato il 3.9.2010 si è costituito in giudizio lo Studio Associato Ingegneria Ambiente di Pandolfi Adalberto e Pandolfi Luca, quale mandatario dell'A.T.P. con lo studio geologico dott. Piergiacomo Beer, eccependo la carenza di legittimazione ad agire ed

a “ricorrere” dell’Ordine degli Ingegneri appellante, nonché la inammissibilità dell’appello per genericità dei motivi, deducendo altresì la infondatezza dell’appello e concludendo per la sua reiezione, ovvero per la declaratoria di inammissibilità, o di irricevibilità, o di improcedibilità, o di infondatezza del ricorso introduttivo del giudizio.

Con memoria depositata il 22.9.2010 l’Ordine degli ingegneri appellante ha contestato la fondatezza dell’appello incidentale e delle avverse eccezioni, nonché ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 30.9.2010 la Marche Multiservizi s.p.a. ha contestato le avverse deduzioni ed ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza dell’8.10.2010 la causa è stata trattenuta in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di udienza.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello in esame l’Ordine degli Ingegneri della Provincia di Pesaro ed Urbino ha chiesto l’annullamento della sentenza del T.A.R. Marche, in epigrafe indicata, di reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti proposti dall’Ordine appellante per l’annullamento del provvedimento con il quale la s.p.a. Marche Multiservizi ha indetto la procedura per la selezione dell’affidatario del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva, il coordinamento per la sicurezza e la direzione dei lavori dell’ampliamento della discarica di Cà Asprete, Tavullia -Lotto CIG 012786B0C-, nonché

per l'annullamento della lettera d'invito, del relativo disciplinare, dei verbali delle sedute di gara, degli eventuali provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva e dell'eventuale contratto.

2.- Con riferimento al primo motivo del ricorso introduttivo di primo grado e al terzo motivo aggiunto è stata dedotta illogicità e contraddittorietà della motivazione al riguardo contenuta in sentenza e travisamento dei fatti.

Erroneamente il Giudice di primo grado avrebbe ritenuto sussistenti i presupposti indicati dall'art. 57, II c., lettera c), del D. Lgs. n. 163 del 2006, cioè le ragioni di estrema urgenza (risultanti da eventi imprevedibili che non siano imputabili alla stazione appaltante), tali da giustificare il ricorso ad una procedura negoziata, invocate dalla Azienda appellata.

Dopo aver ritenuto infondato il richiamo al prossimo esaurimento della esistente discarica, il T.A.R., ha ritenuto che costituisse motivo di estrema (e non semplice) urgenza la necessità, dedotta da parte della Azienda de qua, di dover rispettare il termine contrattuale di 18 mesi concordato tra le parti all'atto della stipula del contratto di acquisto dei terreni confinanti (ma deciso dalla Azienda), nonostante la analisi dei presupposti di eccezionalità debba essere particolarmente rigorosa.

Ma la sottoscrizione di detto contratto di acquisto era stata preceduta da una lunga trattativa, sicché l'Azienda in questione era a conoscenza della necessità della progettazione della nuova opera già

da molto tempo prima della stipula di detto contratto e avrebbe potuto predisporre per tempo l'avvio della procedura di gara per l'effettuazione delle prestazioni progettuali necessarie.

Peraltro tra la sottoscrizione di detto contratto e l'inoltro delle lettere di invito ai professionisti consultati erano trascorsi cinquantasei giorni e le ragioni indicate in sentenza per giustificare l'incongruenza, cioè la redazione del disciplinare di gara e indagini per individuare gli studi professionali, sarebbero smentite dalla osservazione che tali attività avrebbero potuto essere invece eseguite durante la trattativa con i proprietari dei terreni confinanti.

Erroneamente il Giudice di primo grado avrebbe ritenuto che la procedura di affidamento prevedesse la presentazione del progetto definitivo delle opere già in sede di gara (unico caso in cui è giustificato il termine di ottanta giorni per la presentazione delle offerte ex art. 53, II c., lettera c), del D. Lgs. n. 163 del 2006), perché, nel caso di specie, oggetto della procedura di affidamento era il solo servizio di progettazione e direzione lavori e non era prevista la presentazione di alcun progetto definitivo in sede di gara.

Con riferimento ai presupposti richiesti dall'art. 57 del D. Lgs. n. 163 del 2006 per il ricorso alla procedura negoziata non sussistevano nel caso di specie, non solo l'estrema urgenza (a causa della lunga trattativa), la non imputabilità (essendo trascorsi cinquantasei giorni) e la imprevedibilità, ma nemmeno il quarto presupposto previsto da essa disposizione, cioè l'utilizzo della procedura nella misura

strettamente necessaria, perché è stata inclusa tra le prestazioni oggetto dell'affidamento anche la direzione dei lavori, che avrebbero invece dovuto iniziare oltre un anno dopo l'affidamento.

2.1.- Considera il Collegio che ai sensi dell'art. 57 comma 2 lett. c), del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 la procedura negoziata, senza pubblicazione del bando, può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria, ai fini dell'affidamento di un appalto con la pubblica Amministrazione, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti e non da situazioni soggettive, contingibili, prevedibili e ad esse imputabili (anche per ritardo di attivazione dei procedimenti), non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara.

Il ricorso a tale sistema di scelta del contraente, che si sostanzia in una vera e propria trattativa privata, rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva.

Con particolare riferimento ai requisiti dell'urgenza di provvedere, quale presupposto legittimamente di tale sistema, la giurisprudenza ha più volte chiarito che essa non deve essere addebitabile in alcun modo all'Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione (Consiglio Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882)

ovvero per sua inerzia o responsabilità (Consiglio Stato, sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5996).

Nel caso che occupa ritiene la Sezione che correttamente il Giudice di prime cure abbia ritenuto condivisibile la motivazione della impugnata determinazione nella parte in cui ha motivato il ricorso alla procedura negoziata con la necessità del rispetto del termine per l'esercizio dell'opzione di acquisto dei terreni su cui dovranno sorgere le nuove opere.

Invero deve escludersi che fosse idonea ad escludere la estrema urgenza la lunghezza della trattativa intercorsa tra la Marche Multiservizi s.p.a. ed i proprietari delle aree confinanti con discarica di cui trattasi (conclusasi in data 21.12.2007 con la stipula di un preliminare di compravendita per l'acquisizione delle aree stesse, a condizione che entro un anno, prorogabile a semplice richiesta di Aspes Multiservizi e per una sola volta di ulteriori 6 mesi, dalla stipula dell'atto fossero ottenuti tutti i provvedimenti previsti dalla normativa presente e futura di autorizzazione o concessione per la realizzazione della discarica stessa, pena la liberazione delle parti, con rinuncia reciproca a qualsiasi diritto, pretesa, azione).

Anche facendo ricorso al particolare rigore che deve caratterizzare la valutazione della sussistenza del requisito in questione, la lunghezza della trattativa non può invero addebitarsi a priori a negligenza di detta Azienda, né la conoscenza della necessità della progettazione della nuova opera già da prima della stipula di detto contratto poteva

giustificare la predisposizione dell'avvio della procedura di gara per l'affidamento dei relativi incarichi progettuali già da tale epoca, atteso che il concreto avvio di tale fase della procedura era condizionato al favorevole esito di dette trattative e non poteva di certo essere avviato prima che esse fossero concluse, essendo condizione imprescindibile dell'avvio della fase progettuale.

Tanto esclude anche la condivisibilità della tesi formulata con l'atto di appello che avrebbero potuto essere eseguite durante la trattativa con i proprietari dei terreni confinanti sia la redazione del disciplinare di gara che le indagini per individuare gli studi professionali, atteso che l'Azienda sarebbe stata passibile di procedure in danno nell'ipotesi che poi l'avvio della progettazione non avesse potuto essere avviato a causa del mancato accordo con i proprietari dei terreni confinanti.

Né appare rilevante la circostanza che tra la sottoscrizione di detto contratto e l'inoltro delle lettere di invito ai professionisti consultati fossero trascorsi cinquantasei giorni, atteso che appaiono pienamente condivisibili le argomentazioni al riguardo formulate dal Giudice di primo grado per escludere che il decorso di tale lasso di tempo fosse idoneo a comportare la insussistenza del requisito della estrema urgenza, perché nella sua valutazione è certamente da considerare che a disposizione dell'Agenzia doveva essere lasciato un congruo ed adeguato "spatium deliberandi", nonché un sufficiente periodo di tempo per la redazione del disciplinare di gara e per la individuazione

degli studi professionali in possesso dei necessari requisiti di competenza da invitare alla trattativa privata (sicuramente minore di quello occorrente per lo svolgimento di una procedura ordinaria).

Neppure è suscettibile di positiva valutazione la tesi dedotta dall'appellante che erroneamente il Giudice di primo grado ha ritenuto che la procedura di affidamento prevedesse la presentazione del progetto definitivo delle opere già in sede di gara (unico caso in cui è giustificato il termine di ottanta giorni per la presentazione delle offerte ex art. 53, II c., lettera c), del D. Lgs. n. 163 del 2006) perché nel caso di specie oggetto della procedura di affidamento era il solo servizio di progettazione e direzione lavori e non era prevista la presentazione di alcun progetto definitivo in sede di gara.

La censura non solo è smentita da quanto espressamente riportato a pagina tre dell'atto di appello, in cui in fatto si afferma che in data 15.2.2008 la Marche Multiservizi s.p.a. aveva dato avvio "ad una procedura negoziata ai sensi dell'art. 57 del D. Lgs. n. 163/2006, in relazione all'affidamento di incarico per la progettazione definitiva ed esecutiva, il coordinamento per la sicurezza e la direzione dei lavori" di ampliamento della discarica di cui trattasi, ma non potrebbe comunque comportare l'accoglimento del motivo in esame, atteso che il T.A.R. ha indicato la circostanza che (nel caso di gara pubblica che abbia ad oggetto, come nella fattispecie, anche la progettazione definitiva delle opere) il solo termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore ad ottanta giorni, non come la sola ma

come uno dei tanti elementi a favore della tesi della sussistenza della estrema urgenza nel caso che occupa (in concorso con molteplici altre, come la necessità di garantire il rispetto dei termini previsti nell'opzione di acquisto delle aree, unita al lungo lasso di tempo richiesto per il rilascio delle autorizzazioni, la lunghezza dei tempi tecnici occorrenti per la redazione del bando, la sua pubblicazione, l'espletamento della gara, ecc.).

L'eventuale fondatezza della censura de qua non potrebbe comunque smentire le conclusioni cui è giunto il Giudice di primo grado, basata su di una pluralità di elementi e non solo su quello in contestazione.

Neppure la Sezione può condividere la tesi della parte appellante che non sussistesse nel caso di specie nemmeno il quarto presupposto previsto dall'art. 57, comma II, lett. c), del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, cioè l'utilizzo della procedura nella misura strettamente necessaria, perché sarebbe stato inclusa tra le prestazioni oggetto dell'affidamento anche la direzione dei lavori, che avrebbero invero iniziare oltre un anno dopo l'affidamento.

La circostanza è invero del tutto inconferente, perché la direzione dei lavori costituisce attività accessoria e successiva a quella di progettazione e la circostanza che essa non potesse che essere svolta nella fase di realizzazione dell'opera non è idonea ad escludere che sussistesse comunque l'urgenza di provvedere in ordine alle precedenti fasi della progettazione, principale oggetto della

procedura negoziata de qua.

3.- Con riferimento alla reiezione da parte del T.A.R. del secondo motivo del ricorso introduttivo, nell'assunto che non poteva condividersi la dedotta censura di violazione degli artt. 29, 81 e 92 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 65 del D.P.R. n. 554 del 1999 (per mancata indicazione dell'importo complessivo a base di gara), perché esso importo sarebbe stato desumibile in via deduttiva, è stato affermato con l'atto di appello che tale operazione non sarebbe stata effettuabile con riferimento a tutte le voci che formavano detto importo; in particolare la voce relativa alle indagini geologiche sarebbe stata priva di ogni parametro di calcolo, essendo prevista solo una offerta libera. Né potrebbe condividersi la tesi del T.A.R. che al riguardo ha affermato che tale omissione integrerebbe una mera irregolarità del tutto marginale, atteso che applicando l'aliquota del 4,5% alla progettazione definitiva il valore monetario di tale prestazione ammonterebbe ad € 270.000,00, mentre con l'aliquota del 9% prevista per il progetto esecutivo e la direzione lavori del primo lotto ammonterebbe ad € 135.000,00, con superamento della soglia comunitaria.

Osserva al riguardo la Sezione che (posto che il disciplinare della procedura de qua aveva indicato gli importi presunti delle opere, che ben potevano intendersi come massimali per il calcolo degli onorari dei professionisti da incaricare della redazione dei progetti in questione, nonché i valori massimi delle percentuali massime di detti

importi entro le quali erano accettabili le offerte dei professionisti, fissati nel 4,5% in relazione al progetto definitivo e nel 9% in relazione alla progettazione esecutiva e direzione dei lavori) deve ritenersi, con riguardo alle indagini di carattere geologico, che effettivamente la mancata indicazione della percentuale di ribasso ad esse relativa fosse del tutto marginale, atteso che a pagina 12 il disciplinare prevedeva l'integrale rimborso delle relative spese sulla base dei prezzi unitari indicati nel dettaglio fornito in gara, e comunque fino all'importo massimo indicato.

4.- Con riferimento alle deduzioni contenute nella appellata sentenza riguardo al terzo motivo del ricorso introduttivo, con il quale era stata lamentata la mancata indicazione nella documentazione di gara, da parte della Azienda, dei parametri utilizzati per giungere alla indicazione massima delle offerte accettabili (aliquota del 4,5% del valore delle opere per il corrispettivo e 9% per il progetto esecutivo e direzione lavori), è stato dedotto che il Giudice di prime cure non avrebbe rilevato che erano assenti dalla documentazione di gara gli elementi essenziali della prestazione progettuale (classi e categorie delle opere ex L. n. 143 del 1949) e dell'importo presunto delle attività (da non confondersi con quello dei lavori) che avrebbero consentito di pervenire a detta indicazione massima .

Secondo la Sezione era sufficiente per determinare il corrispettivo per l'attività di progettazione, in luogo della indicazione di detti elementi e dell'importo presunto della attività dei professionisti,

anche la individuazione dei massimali, in percentuale del valore delle opere, per il calcolo degli onorari da corrispondere ad essi, il che consentiva a tutti i professionisti concorrenti di essere garantiti in sede di presentazione delle offerte al pari che in caso di ricorso all'altro criterio; il che corrisponde all'interesse esclusivamente tutelabile in questa sede da parte dell'ordine professionale.

5.- Secondo la parte appellante, erroneamente in sentenza sarebbe stato dichiarato inammissibile per carenza di interesse il primo motivo aggiunto al ricorso introduttivo del giudizio (basato sulla circostanza che l'esame delle offerte pervenute era stato effettuato senza lo svolgimento di sedute pubbliche) nell'assunto che il relativo obbligo sarebbe posto a tutela dei soli concorrenti, sicché non poteva essere fatto valere da un soggetto estraneo, quale l'Ordine appellante.

I principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa sarebbero infatti operanti nei confronti di tutti i soggetti portatori di interessi generali, quale sarebbe da considerare l'Ordine laddove agisca a tutela degli interessi della categoria.

Osserva la Sezione che gli Ordini professionali hanno legittimazione a difendere in sede giurisdizionale gli interessi della categoria di soggetti di cui abbiano la rappresentanza istituzionale solo quando si tratti della violazione di norme poste a tutela della professione stessa, o allorché si tratti comunque di conseguire determinati vantaggi, sia pure di carattere strumentale, giuridicamente riferibili alla intera

categoria (Consiglio Stato, sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8404), o anche a singoli iscritti, ma con il limite derivante dal divieto di occuparsi di questioni relative ad attività non soggette alla disciplina o potestà degli Ordini stessi.

Ciò posto va rilevato che le procedure per l'aggiudicazione di contratti con la P.A., compresa la trattativa privata, debbono rispettare i principi di trasparenza e di adeguata pubblicità; di conseguenza, l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta debbono sempre avvenire in seduta pubblica, dal momento che tale adempimento rappresenta uno strumento di garanzia a tutela dei singoli partecipanti, assicurando a tutti i concorrenti di assistere direttamente alla verifica di integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto.

Non ritiene tuttavia il Collegio che la violazione dell'obbligo di pubblicità della apertura delle buste in una gara cui abbiano partecipato dei professionisti ricada nell'ambito di tutela che le Associazioni di categoria possono esercitare nei confronti degli iscritti, atteso che trattasi di disposizioni poste a tutela della par condicio degli effettivi partecipanti, e non a tutela della loro professione, o degli iscritti all'Ordine (estraneo come tale alla gara) in tale qualità, ma nella diversa qualità di singoli soggetti interessati al corretto svolgimento della gara.

Tanto esime il Collegio dal verificare se le operazioni di apertura dei plichi e dell'esame del loro contenuto si siano svolte effettivamente

in seduta segreta o meno.

6.- Con riferimento alla reiezione del secondo motivo aggiunto al ricorso di primo grado (basato sulla circostanza che, essendo pervenuta una sola offerta valida non sussistevano elementi per dedurre che i dieci soggetti interpellati fossero in possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla procedura negoziata) è dedotto con l'atto di appello che erroneamente il T.A.R. Marche avrebbe dichiarato infondata, invertendo l'onere della prova, la censura nell'assunto che dovesse essere l'Ordine a fornire la prova negativa, mentre sarebbe stata l'Azienda ad essere tenuta a dimostrare di aver svolto una efficace ricerca di mercato e contattato i professionisti effettivamente in possesso dei necessari requisiti.

Osserva la Sezione che il principio di cui all'art. 2697 c.c., secondo il quale spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti, deve trovare integrale applicazione ogni volta che non ricorra quella disuguaglianza di posizioni tra Amministrazione e privato, che giustifica l'applicazione, nel processo amministrativo, del principio dispositivo con metodo acquisitivo; principio, questo, che comunque non può mai involvere in un assoluta e generale inversione dell'onere della prova e comunque non consente al Giudice amministrativo di sostituirsi alla parte onerata quando il ricorrente, come nel caso che occupa, non si trovi affatto nell'impossibilità di provare il fatto posto a base della sua azione.

Nel caso che occupa, in assenza di almeno un principio di prova

fornito dalla parte appellante circa il mancato possesso da parte dei professionisti interpellati dalla Azienda de qua delle competenze e dell'esperienza adeguati, va ritenuto che il Giudice di primo grado non fosse tenuto ad imporre all'Azienda resistente l'esibizione della documentazione relativa agli accertamenti svolti sulla professionalità dei professionisti cui aveva rivolto l'invito, la censura in esame non è suscettibile di positiva valutazione, stante la applicabilità al caso di specie del principio di cui a detto art. 2697 del c.c..

Aggiungasi che, a prescindere dalla circostanza che la Azienda resistente ha evidenziato nei propri scritti difensivi nel corso del presente giudizio le ragioni poste a base della individuazione degli studi cui rivolgere l'invito in questione, peraltro in numero sufficiente a garantire una sufficientemente vasta competizione, a nulla vale che fosse in concreto pervenuta una sola offerta valida, perché ciò solo non è idoneo ad essere ritenuto indice della circostanza che gli studi professionali invitati che non hanno ritenuto di partecipare alla procedura abbiano posto in essere tale comportamento per loro inadeguatezza.

7.- Con riferimento alla reiezione del quarto motivo aggiunto al ricorso di primo grado, secondo l'appellante, erroneamente il primo Giudice avrebbe ritenuto che, in assenza di aggiudicazione definitiva (in violazione degli artt. 3, 10, 11, 12 e 91, I c., del D. Lgs. n. 163 del 2006), fosse avvenuta una aggiudicazione implicita (pur essendo l'aggiudicazione definitiva il pilastro fondamentale su cui si basano

tutte le procedure di affidamento, tanto che è l'unico provvedimento di cui è obbligatoria la impugnazione) e che il termine dilatorio previsto dalla legge prima della stipula del contratto fosse superabile per la particolare urgenza di concludere la procedura de qua, invece insussistente.

Ritiene al riguardo il Collegio che entrambe dette censure non siano comprese nell'ambito della tutela esercitabile dalle Associazioni di categoria nei confronti dei propri iscritti, non essendo idonee a tutelare la professione, o gli iscritti all'Ordine in tale qualità, ma solo singoli soggetti nella qualità di titolari di interesse al corretto svolgimento della gara.

Devesi ritenersi quindi che l'Ordine appellante difettesse al riguardo della necessaria legittimazione a ricorrere.

8.- Il ricorso in appello principale deve essere, pertanto, respinto.

9.- Quanto all'appello incidentale, va rilevato che esso è stato proposto solo in via gradata, in caso di accoglimento dell'appello principale.

L'appello incidentale c.d. proprio o subordinato (conformemente al combinato disposto di cui all'art. 37, T.U. 26 giugno 1924 n. 1054 e di cui all'art. 29, l. 6 dicembre 1971 n. 1034) costituisce il rimedio incidentale di carattere subordinato volto ad eliminare la soccombenza dell'appellato nei confronti dell'appellante, e si pone quale strumento geneticamente subordinato rispetto alla proposizione del ricorso principale ed allo scopo principale di

paralizzare l'azione ex adverso proposta, per l'ipotesi della sua ritenuta fondatezza in sede di gravame, secondo la logica della c.d. impugnazione condizionata.

All'infondatezza dell'appello principale non può quindi che conseguire la dichiarazione di improcedibilità, per difetto di interesse, dell'appello incidentale condizionato (Consiglio Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 203).

L'appello incidentale va pertanto dichiarato improcedibile per carenza di interesse sopravvenuta alla reiezione dell'appello principale.

10.- In conclusione, il ricorso in appello principale va respinto e quello incidentale va dichiarato improcedibile.

11.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, denotano la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

respinge l'appello in esame e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre

2010 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF

Marco Lipari, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/11/2010

IL SEGRETARIO

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