

Consiglio di Stato, Sez. V, 9/6/2008 n. 2803

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione,

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 8212/05, proposto da OCCHIUZZO Franco, in qualità di titolare dell'impresa Occhiuzzo Costruzioni, rappresentato e difeso dall'Av. Vittorio Vercillo del Foro di Cosenza ed elettivamente domiciliato in Roma, Via Spinazzola, 41 presso Arcieri Giovanni Battista;

contro

- COMUNE DI TORANO CASTELLO, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Michele Biamonte, elettivamente domiciliato in Roma, Via Tuscolana, 55 presso lo studio dell'Avv. Vincenzo Cotardo;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria – Sede di Catanzaro – n. 693/05 del 27 aprile 2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torano Castello;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 5 febbraio 2008, il consigliere Giuseppe Severini ed udito, altresì, l'avvocato O. Sivieri, per delega dell'avv. Vercillo, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con l'atto di appello in esame, notificato il 5 ottobre 2005, il sig. Occhiuzzo Franco, titolare dell'impresa Occhiuzzo Costruzioni, impugna nei confronti del Comune di Torano Castello la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Catanzaro) n. 693/05 del 27 aprile 2005.

Detta sentenza aveva rigettato un ricorso dello stesso Occhiuzzo avverso l'atto della Giunta Comunale di Torano Castello di revoca di due precedenti deliberazioni (n. 140 del 6 maggio 2004 e la n. 204 del 27 maggio 2004, con cui era stato disposto l'affidamento a trattativa privata di alcuni lavori pubblici comunali). Siffatta autotutela era stata motivata per l'illegittimità degli atti autoannullati, come da parere di un legale successivamente incaricato dal Comune. Il parere aveva considerato che le gare di cui alla deliberazione n. 140 del 6 maggio 2004 violavano l'art. 24, comma 5, l. n. 109 del 1994 e l'art. 78, comma 4, d.P.R. n. 554 del 1999, in relazione alla gara ufficiosa cui erano stati invitati meno di cinque concorrenti. L'atto n. 204 del 27 maggio 2004 violava poi l'art. 41 del Regolamento di Contabilità di Stato e l'art. 24, comma 5, l. n. 109 del 1994. A ciò si aggiungevano altre motivazioni dell'atto di autotutela.

Il Tribunale amministrativo rilevò che detto parere, posto a base del disvolere amministrativo, censurava l'atto n. 140 del 6 maggio 2004 (circa lavori di adeguamento ed ampliamento della pubblica illuminazione in varie parti del Comune, nonché lavori per aree di verde pubblico attrezzato), perché, in relazione alle ipotesi in cui per la trattativa privata non è imposto lo svolgimento della gara informale, l'art. 78, comma 4, d.P.R. n. 554 del 1999 prevede comunque che vi siano invitate almeno cinque ditte: al contrario, nelle gare svolte in esecuzione di quell'atto il numero di imprese partecipanti fu inferiore a cinque. Il che comportava anche violazione dell'art. 24, comma 5, della legge n. 109 del 1994. Non solo: per quelle gare, nei relativi verbali si fa riferimento al pubblico incanto, non alla trattativa privata.

Con riferimento poi a entrambi gli atti che sarebbero stati oggetto di autotutela, si rilevava che violavano il combinato disposto dell'art. 41 r.d. 23 maggio 1924, n. 827 e dell'art. 24 l. 11 febbraio 1994, n. 109, perché non sussisteva alcuna delle situazioni che consentono il ricorso alla trattativa privata. Questo metodo, dunque sarebbe stato utilizzato come metodo ordinario di affidamento degli appalti, anziché come sistema di carattere straordinario, consentito solo in situazioni d'urgenza o particolari condizioni specificamente previste. Inoltre, la trattativa privata presuppone una determinazione motivata e l'art. 24, comma 4, l. n. 109 del 1994 prevede che nessun lavoro possa essere diviso in più affidamenti ai fini della norma che disciplina i casi in cui si può fare ricorso alla trattativa privata: mentre entrambe le deliberazioni in questione prevedevano lavori che, se cumulati, importavano un impegno di spesa ben maggiore di € 100.000.

Il Tribunale amministrativo regionale aveva trattato unitariamente i due casi, rilevando come era per entrambi assorbente la questione dell'insussistenza dei presupposti per la trattativa privata. Infatti per l'art. 24 cit. (come mod. dalla l. 1° agosto 2002 n. 106) comma 1, lett. 0a), l'affidamento a trattativa privata è ammesso per solo i lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro. Non era fondata, per quel giudice, la tesi del ricorrente che la determinazione di autotutela sarebbe stata illegittima, posto che nei limiti di tale importo la trattativa privata sarebbe consentita senza necessità di motivazione e posto che tutti gli affidamenti delle due deliberazioni avevano un importo inferiore a detto limite monetario.

Nel parere si faceva riferimento alla norma dell'art. 41 del Regolamento di Contabilità di Stato (la cui rilevanza, in materia di lavori pubblici, è peraltro ridimensionata dall'introduzione della previsione di cui alla richiamata lettera 0a)). Nel parere medesimo si fa anche menzione degli affidamenti nei limiti di € 100.000, quando si richiama l'art. 24, comma 4, l. n. 109 del 1994, per il quale nessun lavoro può essere artatamente diviso in più affidamenti, dovendosi evitare che le

stazioni appaltanti, suddividendo artificiosamente i lavori da affidare, aggirino i limiti posti al ricorso alla trattativa privata, prevedendo una pluralità di affidamenti per importi inferiori. Ne derivava che detta norma era stata violata mediante l'accorpamento di lavori che, cumulati, sono di importo superiore a € 100.000.

In effetti, l'atto n. 140 del 2004 prevedeva affidamenti per i lavori di adeguamento e ampliamento della pubblica illuminazione nell'ambito comunale per il centro abitato, per la frazione scalo e per la località Sartano, monumenti e strutture sportive. Nell'atto n. 204 venivano previste opere per un totale di dodici distinti affidamenti, di cui cinque concernenti manutenzione di strade o marciapiedi e realizzazione parcheggi ed arredo urbano e un sesto per la realizzazione di arredo urbano, parcheggi e verde pubblico. La medesima tipologia di lavori era stata dunque suddivisa in una molteplicità di affidamenti, col risultato di ricondurre ogni intervento sotto il limite di € 100.000, senza alcuna giustificazione o motivazione della suddivisione. Nessun rilievo poteva avere il fatto estrinseco che le opere fossero finanziate con mutui recanti numero di posizione diversi. Oltre ciò, il ricorso alla trattativa privata doveva comunque essere motivato (e non lo era) in virtù dell'art. 24, comma 2, cit., che non distingue circa l'obbligo di motivazione degli affidamenti di lavori a trattativa privata.

Derivava da quanto sopra, secondo il Tribunale amministrativo, che l'atto di autotutela impugnato dal ricorrente, recependo il contenuto del parere, appariva esente da censure.

Quanto poi alla motivazione dell'atto di autotutela, il primo giudice considerava che i procedimenti avviati non erano andati oltre l'individuazione (nei verbali imprecisamente chiamata aggiudicazione provvisoria), a seguito di gara informale, dell'Occhiuzzo - unico partecipante alle gare informali - quale soggetto con cui concludere i contratti di realizzazione di arredo urbano in Torano Centro (adeguamento della pubblica illuminazione), di cui all'atto n. 140 del 6 maggio 2004, e di completamento della sala polivalente con annessi servizi in località Timpa, di cui all'atto n. 204 del 27 maggio 2004. Ne derivava che in capo alla impresa in questione non sussisteva ancora alcuna posizione consolidata, dovendo ancora intervenire il completamento della fattispecie procedimentale e la stipulazione del contratto.

Pertanto non era necessario motivare circa l'interesse pubblico concreto ed attuale, né circa la comparazione tra l'interesse pubblico e quello privato, dato che l'esercizio del potere di autotutela andava ad incidere su posizioni giuridiche non consolidate. Nessun rilievo aveva poi il fatto che fossero trascorsi i termini per proporre impugnazione perché il potere di autotutela non interferisce con il diritto di agire in giustizia.

Con l'appello, l'Occhiuzzo afferma che male ha giudicato il giudice di primo grado, incorrendo in illogica e/o contraddittoria motivazione quando ha ritenuto la violazione dell'art. 24, comma 4, l. n. 109 del 1994 che vieta di frazionare in più lotti un unico lavoro, per conseguire l'affidamento dei lavori a trattativa privata, altrimenti non possibile.

Invero, le varie zone comunali interessate dai lavori distano tra loro anche decine di chilometri (ad es. Torano centro dista dalla frazione Scalo o da Sartano circa 10 chilometri, e così Timpone o Cupini), sicché se i lavori fossero stati affidati con unico lotto l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto costituire contemporaneamente diciassette cantieri in diverse zone tra loro distanti, malgrado la richiesta contestualità.

Per i lavori della seconda delibera, poi, la tipologia dei lavori era diversa: i lavori aggiudicati provvisoriamente all'Occhiuzzo erano di completamento della sala polivalente con annessi servizi in Timpone, gli altri la manutenzione di strade o la realizzazione di marciapiedi o la costruzione di

un centro sociale polifunzionale in località diverse. Quindi tipologie differenti in differenti zone distanti.

Per l'appellante poi la motivazione dell'affidamento a trattativa privata, doveva tenere conto che la trattativa privata stessa non è un mezzo eccezionale dopo l'innovazione all'art. 24 cit., ad opera della l. 1° agosto 2002 n. 106 del comma 1, lett. 0a), in base alla quale i lavori fino ad € 100.000 si possono affidare a trattativa privata senza che applicazione dell'art. 41 del Regolamento di Contabilità di Stato e senza che la trattativa privata necessiti di gara informale. E comunque la motivazione richiesta dall'art. 24, comma 2, è diversa dalla motivazione richiesta dall'art. 41, r.d. n. 827 del 1927, che è una motivazione non di tipo qualificato (altrimenti sarebbe un duplicato dell'art. 41), ma di tipo generico, che può essere implicita nel provvedimento: così come era nel caso di specie, anche per via della urgenza dei lavori

A parte tutto questo, per l'appellante la sentenza è altresì erronea nella parte in cui nega che l'atto di autotutela dovesse essere motivato con riferimento all'interesse pubblico concreto ed attuale conducente alla revoca, anche in comparazione con quello privato e alla relativa prevalenza. Non è vero che difettava una posizione soggettiva consolidata in capo all'Occhiuzzo: nella prima delle due trattative private (delibera n. 140 del 1004), la amministrazione comunale gli aveva richiesto la documentazione per la stipula del contratto definitivo

L'appellato Comune di Torano Castello eccepisce che il ricorso in appello è inammissibile e infondato.

DIRITTO

Prima di tutto va disattesa l'eccezione preliminare di omessa notificazione dell'appello. Questo atto processuale – secondo quanto risulta dagli atti di causa – è stato notificato il 5 ottobre 2005 nelle mani dell'Avv. Immacolata Zagardi, Viale Magna Grecia, 5, Catanzaro, domiciliatario del difensore Avv. Michele Biamonte. Risulta così rispettato il disposto dell'art. 330, primo comma, seconda parte, Cod. proc. civ., richiamato dall'art. 28 l. n. 1034 del 1971, per il quale "l'impugnazione [...] si notifica presso il procuratore costituito o nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto per il giudizio" salvo diversa dichiarazione all'atto della notificazione della sentenza. Detta disposizione non distingue, come vorrebbe invece l'appellato, tra difensore effettivo e mero domiciliatario, essendo anzi funzione specifica di quest'ultimo – com'è avvenuto nella specie – proprio con la fissazione del domicilio processuale, il ricevere formalmente gli atti di manifestazione del contraddittorio. Qualora l'atto d'impugnazione debba essere notificato presso il procuratore costituito e tale procuratore abbia eletto domicilio presso un collega, la notificazione è efficacemente effettuata mediante consegna di copia dell'atto a detto domiciliatario.

Nel merito, l'appello è infondato e va respinto.

Corretta è infatti la duplice valutazione fatta dal Tribunale amministrativo circa il frazionamento artificioso degli appalti (finalizzato ad eludere la norma sul limite dei € 100.000 per l'uso della trattativa privata) e comunque circa la non motivazione dell'utilizzazione del metodo stesso della trattativa privata, anziché di un metodo competitivo: e infondate sono le censure dell'appellante.

La circostanza della riportata distanza geografica non ha peso: a parte che si tratta comunque di distanza assai modesta, che può essere coperta in un assai breve tempo, domina su tutto il fatto che si tratta di lavori pubblici comunali, vale a dire di un ambito territoriale per definizione circoscritto e tale da consentire il simultaneo controllo operativo, da parte dell'appaltatore, dei vari cantieri.

Nulla consentiva dunque di derogare al principio moralizzatore del divieto del frazionamento artificioso degli appalti di opere pubbliche finalizzato alla elusione del divieto della trattativa privata al di sopra della soglia degli € 100.000.

Quanto alla mancata motivazione, valgono le stesse ragioni dedotte dal giudice di prime cure: il ricorso alla trattativa privata, quand'anche dopo l'innovazione all'art. 24 cit., ad opera della l. 1° agosto 2002 n. 106 del comma 1, lett. 0a), va giustificato e di tale giustificazione va data esternazione: il metodo della trattativa privata, infatti, rappresenta comunque una eccezione ai principi di libera concorrenza, e dunque di rispetto, al contempo, della pari condizione dei potenziali interessati e dell'interesse della Amministrazione alla convenienza economica dei lavori. Sicché il passaggio derogatorio da un metodo competitivo ad un metodo monopolistico come la trattativa privata, che per definizione è atto a restringere potenzialmente la cura di detti immanenti interessi, deve trovare e avere una manifesta ragione legittimante. Così non essendo nella specie avvenuto, gli atti di base erano illegittimi e giustamente sono stati oggetto dell'impugnata autotutela.

Quanto, infine, alla motivazione dell'atto stesso di autotutela, corretto è quanto afferma il giudice di prime cure circa il non ancora avvenuto consolidamento della situazione giuridica soggettiva dell'Occhiuzzo, il quale non altra aspettativa a quel momento procedimentale aveva che quella nascente dal mero fatto di essere stato in pratica reso illegittimamente monopolista futuro contraente dell'amministrazione comunale. Bene dunque ha operato l'amministrazione ravvisando nella esigenza di reintegrare la legittimità la ragione fondante dell'esercizio dell'autotutela.

L'appello va dunque respinto e la sentenza di primo grado va confermata.

Le spese giudiziali, liquidate in € 4.000, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello.

Condanna l'appellante Occhiuzzo Franco alla rifusione delle spese processuali dell'appellato Comune di Torano Castello, che liquida in complessivi € 4.000,00.

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 5 febbraio 2008, con l'intervento dei Signori:

Pres. Emidio Frascione

Cons. Giuseppe Severini, estensore

Cons. Aldo Fera

Cons. Marzio Branca

Cons. Francesco Caringella

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Giuseppe Severini f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 9/06/08

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale