

**RASSEGNA GIURIDICA**  
a cura dell'Avvocatura della Città di Aosta

dirigente avvocato Valdo Azzoni

anno 2003 numero 2

Prosegue l'iniziativa avviata nei mesi scorsi con l'aggiornamento integrale delle pagine della Rivista. Come si ricorderà, il servizio si articola in tre sezioni che vogliono rispettivamente presentare: la prima, dal titolo "Sotto la lente di ingrandimento", uno scritto originale su un tema di particolare interesse per gli operatori e per i cittadini; la seconda, dal titolo "Sentenze per noi", alcune recenti decisioni degli organi di giustizia di immediato rilievo pratico per il funzionamento della complessa macchina amministrativa del Comune; la terza, dal titolo "Un Regolamento sotto esame", alcuni passaggi salienti di uno dei numerosi Regolamenti in vigore, proposti con il corredo di un commento affidato prevalentemente ad estratti da sentenze rese dai giudici di tutto il Paese.

In tutti e tre i casi crediamo di offrire al lettore la possibilità di capire meglio la realtà comunale e di avvicinarsi alle sue logiche, magari anche - ce lo auguriamo di cuore - di scoprire prospettive nuove di salvaguardia dei propri diritti.

In questa ottica di confronto e di dialogo, la Civica amministrazione invita chiunque abbia un problema di diritto di interesse collettivo a segnalarlo alla redazione del sito. La questione sarà esaminata, nei suoi caratteri generali e nel rispetto della riservatezza, nel corpo di una futura, quarta rubrica dal titolo "La posta".

**SOMMARIO**  
del numero 2/03

**SEZIONE PRIMA**

**SOTTO LALENTE DI INGRANDIMENTO**

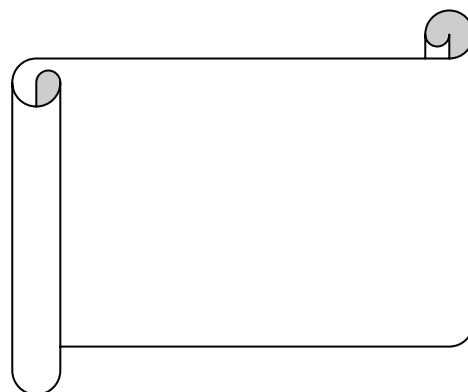
**LE OPERE ACCESSORIE IN TEMA DI  
QUALIFICAZIONE DI LAVORI PUBBLICI**



**SEZIONE SECONDA**

**SENTENZE PER NOI**

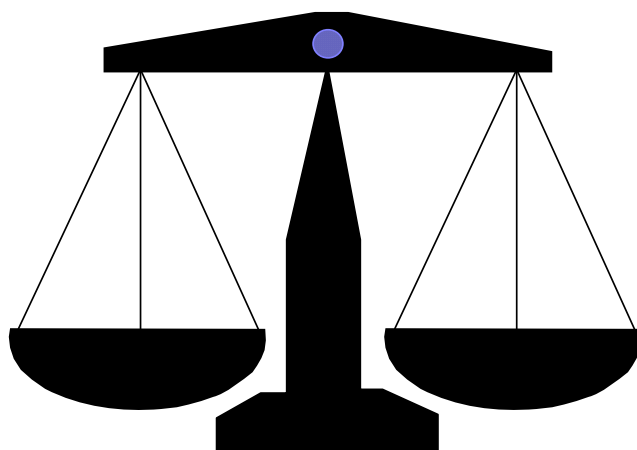
- I) Commissione tributaria provinciale di Torino, V, ordinanza n. 13 dell'8 gennaio 2003
- II) TAR Piemonte, II, sentenza n. 2050 del 7 dicembre 2002
- III) Consiglio di Stato, V, sentenza n. 1145 del 7 gennaio 2003
- IV) Consiglio di Stato, IV, sentenza n. 743 del 27 aprile 1999
- V) Consiglio di Stato, VI, sentenza n. 4435 del 4 settembre 2002



**SEZIONE TERZA**

**UN REGOLAMENTO SOTTO ESAME**

**IL REGOLAMENTO RELATIVO ALLE SANZIONI  
AMMINISTRATIVE**





**SEZIONE PRIMA**

**SOTTO LA LENTE DI INGRANDIMENTO**

## LE OPERE ACCESSORIE IN TEMA DI QUALIFICAZIONE DI LAVORI PUBBLICI

In materia di appalti di opere o lavori pubblici, l'assetto normativo si ispira - coerentemente col dettato eurocomunitario - al principio cardine del libero mercato. Questo, come è ovvio, deve essere organizzato in maniera tale che non si frappongano ostacoli (o, ancor meglio, che si pongano in essere favorevoli accorgimenti) nei confronti di quelle imprese che - in possesso della necessaria capacità tecnica, organizzativa, economica e finanziaria - aspirano ad operare nell'ambito del mercato stesso nel modo più ampio e con la presenza più assidua.

Il vantaggio che ne deriva alla pubblica amministrazione è facilmente desumibile: più sono le imprese che concorrono ad ogni singolo appalto, più si sviluppa quella concorrenzialità utile ad abbassare i costi. Non sempre però, come tutti sappiamo, un costo più basso assicura un'opera migliore. Occorre quindi che la pubblica amministrazione - oltre a strappare un buon prezzo - abbia pure a che fare con imprese solide e corrette. Di qui la necessità di fissare con estrema accortezza i requisiti delle ditte che intendono aggiudicarsi un lavoro pubblico.

Al possesso di questi requisiti gli operatori del settore pervengono (o dovrebbero pervenire, secondo il disegno delineato dal complesso delle regole di qualificazione) acquisendo via via, nel corso degli anni, l'esperienza necessaria per realizzare opere sempre più complesse o di diversa natura; esperienza che viene tradotta in termini di dimostrabilità, oltre che con attrezzatura tecnica e organico medio annuo adeguati, con la cifra globale di affari e con l'importo dei lavori specifici eseguiti nel quinquennio (artt. 18 segg. D.P.R. n. 34/2000).

Si comprende allora perché si rende necessario contemperare due esigenze alquanto contrastanti, ma entrambe degne di tutela: una prima, volta a selezionare la ditta esecutrice, richiedendole precise attestazioni di affidabilità in ordine ai lavori oggetto di affidamento (attestazioni da fornirsi dettagliatamente in sede di gara e risultanti, per appalti superiori a 150.000 euro, dalla certificazione rilasciata da nuovi organismi (SOA) di diritto privato) e questo evidentemente per assicurare una soddisfacente esecuzione a regola d'arte al prezzo più conveniente; una seconda esigenza, volta a consentire che gli appaltatori possano incrementare e ampliare il bagaglio della tipologia delle opere eseguite, assumendo anche la realizzazione di opere che a rigore non hanno la stessa natura della categoria prevalente dei lavori da effettuare e per i quali gli appaltatori medesimi non necessariamente devono possedere la relativa attestazione.

Per entrare più nello specifico, ci si riferisce a quelle opere di importo inferiore ai limiti fissati dall'art. 73, comma 3, D.P.R. n. 554/1999 (vale a dire di valore non superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'appalto e comunque di importo non superiore a 150.000 euro) nonché alle opere scorporabili (così definite perché subappaltabili) a qualificazione non obbligatoria (cfr. allegato A al D.P.R. n. 34/2000). Ciò allo scopo di fare acquisire alle imprese,

operanti nel campo dei lavori pubblici, la necessaria pratica anche in settori diversi da quelli nei quali abitualmente agiscono.

Del resto, il sistema qualificatorio voluto dal legislatore risulterebbe troppo rigido e macchinoso se prevedesse l'obbligatorietà, a carico dell'impresa aggiudicataria, del completo possesso di tutte le qualificazioni nelle categorie di cui si compone l'intera opera da appaltare, ivi comprese quelle categorie di opere testé menzionate, che si possono definire "accessorie" (ma non per questo meno importanti) rispetto all'intero appalto.

Inoltre ciò non risulterebbe conveniente neppure per la stazione committente (nel nostro caso il Comune), in quanto l'impresa appaltatrice non in possesso di tutte le qualificazioni suddette si vedrebbe sempre obbligata a subappaltare le opere accessorie e ciò finirebbe per parcellizzare troppo l'esecuzione dei lavori, col rischio di una realizzazione non uniforme o comunque di una difficile coordinazione da parte del direttore dei lavori. Né vale sostenere che in tal caso le imprese potrebbero ricorrere all'associazione temporanea di tipo verticale, dato che questa forma associativa è stata concepita per consentire una riunione di forze e di capacità lavorative di consistente entità e non certamente per assicurare l'esecuzione di quei lavori di importo minore collocati nei singoli appalti.

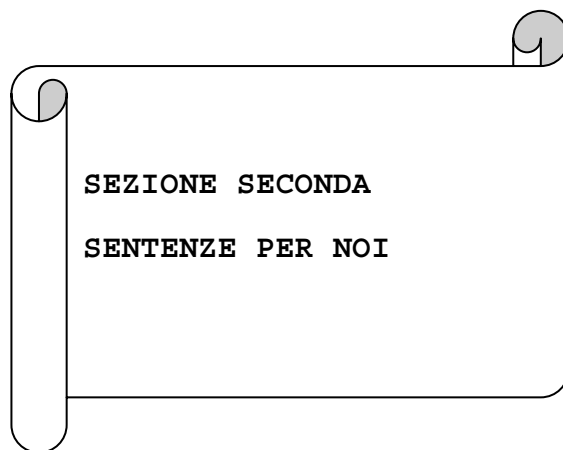
Dal complesso della normativa regolante la materia parrebbero prospettarsi due interpretazioni: una, di carattere più restrittivo, che è quella di ritenere ammissibile l'esecuzione diretta, da parte della ditta aggiudicataria, priva di qualificazioni diverse da quella della categoria prevalente, della sola opera che è riportata nel bando quale rientrante esclusivamente in questa categoria. Interpretazione non condivisibile, sia perché si porrebbe in netto contrasto con la normativa precedente che ammetteva in linea generale l'esecuzione diretta di tutte le opere, anche scorparabili, salvo quelle per le quali occorre speciale abilitazione (come nel caso previsto dalla legge 46/1990, che peraltro mantiene il suo valore inderogabile in quanto norma di ordine pubblico), sia perché limiterebbe fortemente l'esecuzione diretta della ditta affidataria, col rischio di cui sopra; l'altra, ampiamente condivisibile, è quella di ritenere ammissibile l'esecuzione diretta da parte della stessa ditta aggiudicataria, priva delle qualificazioni diverse da quelle della categoria prevalente, di tutte le lavorazioni inferiori al 10% (e non superiori a 150.000 euro) di cui si compone l'appalto, fatto salvo il possesso della predetta abilitazione ai sensi della legge n. 46/1990, nel caso in cui fra queste stesse lavorazioni sia prevista la realizzazione di impianti elettrici ecc.

Sorregge la seconda tesi, cui aderiamo pienamente, quanto risulta dalla lettura dell'articolo 73 del nuovo regolamento approvato con D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554.

Infatti, in virtù di quanto sancito dall'articolo appena citato, nel bando di gara vanno necessariamente indicate la categoria prevalente nonché le parti di importo superiore al dieci per cento (o superiori a 150.000 euro) di cui si compone l'opera. Non sussistendo quindi obbligo di indicazione per quelle di importo inferiore, non possono certo richiedersi alle imprese qualificazioni per categorie di opere che non sono da riportarsi nel bando.

Né può viceversa invocarsi quanto previsto dal successivo articolo 74, comma 1, relativamente al fatto che l'impresa aggiudicataria, che non sia in possesso di appropriate qualificazioni, può eseguire direttamente solo poche lavorazioni, a fronte delle numerosissime opere specializzate (previste dall'art. 72, comma 4), per le quali vige l'obbligo del possesso delle qualificazioni stesse. Ciò perché il medesimo articolo 74, al comma 2, riferisce quest'obbligo alle opere speciali indicate nel bando, che – proprio in virtù del citato articolo 73 – sappiamo non poter essere quelle inferiori al dieci per cento, bensì quelle superiori.

Queste brevi note fanno comprendere, anche a coloro che non sono proprio addentro alla materia, che è forte l'impegno da parte degli operatori di approfondire il tessuto normativo del complesso settore degli appalti pubblici, proprio allo scopo di meglio e più efficacemente tutelare gli interessi della comunità, tesi ad ottenere che non solo si facciano i lavori, ma che questi siano eseguiti nel migliore dei modi possibili.



**I) Commissione tributaria provinciale di Torino, Sez. V (presid. relatore Premoselli) ordinanza n. 13/5/03 dell'8 gennaio 2003**

La Commissione,

- udite le parti all'udienza dell'8 gennaio 2003;
- rilevato che il ricorrente ha eccepito la carenza di capacità processuale del soggetto rappresentante l'Amministrazione;
- ritenuto che l'Agenzia delle Entrate è ente avente personalità giuridica (art. 61 1° comma D.Lgs. n. 300/199) e che soltanto il suo Direttore centrale pro tempore ne è il legale rappresentante;
- ritenuto, quindi, che essa deve stare in giudizio nella persona del Direttore centrale stesso o di un suo rappresentante - che può essere anche un funzionario periferico - tale nominato per procura generale o speciale;
- [atteso] che, invece, nell'odierno processo l'Agenzia delle Entrate è in giudizio in persona di un soggetto privo di rappresentanza indiretta per essere, per quanto risulta dagli atti, privo di procura conferita dal Direttore Centrale (in questo senso v. Comm. Trib. Provinciale di Torino sez. XII 28 ottobre 2002 n. 46; Comm. Trib. Regionale del Piemonte sez. XXVII 10 luglio 2002);
- ritenuto che l'art. 182 del c.p.c. (applicabile in forza del rinvio generale alle norme del codice di rito fatto dall'art. 1 comma 2 del D.Lgs. n. 546/1992) non è incompatibile con la disciplina speciale del processo tributario e prevede che il giudice istruttore, e quindi il collegio nei giudizi collegiali di primo grado, ove rilevi un difetto di rappresentanza possa "assegnare alle parti un termine per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza...salvo che si sia avverata una decadenza", il che, nella specie non si è ancora verificato;

P.Q.M.

assegna alla parte resistente termine fino al 15 marzo 2003 per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza dell'Agenzia delle Entrate, o di un delegato munito dei necessari poteri di rappresentanza processuale;

fissa per la discussione del ricorso l'udienza del 2 aprile 2003 ore 15.

*Commento. L'importanza di questa sentenza risiede nel fatto che non di rado i tempi della procedura civilistica, apparentemente pregiudicati dalla scadenza delle fasi processuali cui si riferiscono, sono invece recuperabili. E il segnale che lancia questa decisione è tale da abbracciare e ricomprendere situazioni anche molto più complesse di quella esaminata.*

*Facciamo il caso di un Comune che sia stato citato in giudizio, magari in un processo amministrativo in cui il ricorrente, nell'impugnare un atto dell'ente e nell'invocarne l'annullamento, abbia chiesto al giudice (in questo caso tributario, ma potrebbe essere civile o amministrativo) di emettere una decisione accelerata, contenuta nei tempi e ristretta nelle forme (così come oggi è consentito). Ebbene, il Comune chiamato a difendersi può trovarsi a mal partito, non solo perché una macchina pubblica è per definizione più lenta e più imbarazzata nei movimenti, ma anche*

*perché obiettivamente molte sono le funzioni presenti all'interno dell'amministrazione, coinvolte nella decisione sul se e sul come resistere, con la connessa difficoltà a concertarsi nella definizione di una linea comune. Orbene, può succedere che, nella congestione, venga a mancare, al momento in cui le parti si costituiscono davanti al giudice, l'atto che autorizza il Sindaco, cioè la figura rappresentativa dell'ente, a opporsi nella lite con il ministero di un difensore. Se ciò nonostante, pur in mancanza di quell'atto necessario, il Sindaco delega un avvocato alla difesa degli interessi del Comune, non tutto è perduto, appunto perché il giudice istruttore della causa civile ha comunque l'opportunità di verificare la regolarità della costituzione delle parti, rimettendole in gioco invece si dichiarare tout court l'inammissibilità della loro posizione, a tale fine assegnando loro un nuovo termine utile per ripristinare la correttezza della procedura.*

*E così, se quell'atto autorizzativo di cui si è registrata la mancanza è presentato prima dello scadere del termine assegnato dal giudice, gli atti difensivi già compiuti possono essere utilmente spesi come se nessuna macchia, nessun vizio fossero mai emersi.*

*La regola esposta vale per tutti i possibili protagonisti del processo, a prescindere dalla natura - se pubblica o privata - delle parti che si fronteggiano. Ancora di più, nei fatti, vale quella regola quando uno dei contendenti è una pubblica amministrazione, appunto perché al mandato difensivo da conferire al proprio legale - che è passaggio tipico di tutte le parti in lite - essa deve aggiungere un preventivo atto abilitativo.*

## **II) TAR Piemonte, II (presid. Calvo, relatore Massari) sentenza n. 2050 del 7 dicembre 2002 - Consorzio R.P.L. e cooperativa C. contro ASL ....**

... OMISSIS...

**DIRITTO.** L'amministrazione resistente ha proceduto alla contestata esclusione a causa della violazione, da parte del legale rappresentante della cooperativa ..., della norma del disciplinare di gara che prevedeva l'obbligo per le imprese concorrenti di dichiarare che non sono state pronunciate nei propri confronti sentenze di condanna con il beneficio della non menzione nei certificati del casellario giudiziario richiesto dai privati ovvero di irrogazione della pena su richiesta delle parti (artt. 444 segg. c.p.p.) e che nei propri confronti non sono state emesse sentenze, ancorché non definitive, relative a reati che precludono la partecipazione alle gare d'appalto.

Infatti, a fronte della dichiarazione resa nel senso appena precisato dal legale rappresentante della cooperativa ..., l'amministrazione sanitaria, esperiti i necessari controlli, riscontrava che a carico del medesimo era stato pronunciato, in data ..., da parte del G.I.P. di ..., un decreto penale di condanna all'ammenda di lire ..., non opposto e divenuto perciò definitivo, per violazione delle norme antinfortunistiche.

Le società ricorrenti lamentano che la stazione appaltante abbia proceduto illegittimamente, in considerazione sia dell'inequivoco disposto dell'art. 75 del DPR n. 554/99, pedissequamente ripreso dal bando di gara, e del conseguente affidamento così ingenerato in capo ai soggetti obbligati alla dichiarazione de quo, sia dell'obbligo, sussistente in capo all'amministrazione, di valutare la gravità del reato ascritto all'interessato e la sua incidenza sull'affidabilità morale e professionale dell'impresa coinvolta.

L'argomentazione è meritevole di essere condivisa.

Si osserva in proposito che la stessa indeterminatezza dei concetti di affidabilità morale e professionale, a cui è legato l'effetto espulsivo di cui parte ricorrente si duole in questa sede, comporta necessariamente l'esercizio, da parte dell'amministrazione aggiudicante, di un potere discrezionale di valutazione dei reati ascritti agli interessati.

Ciò tanto più se si considera che, nell'ipotesi di cui all'art. 459 c.p.p., l'applicazione della pena, che avviene eccezionalmente in assenza del contraddittorio con l'imputato, può avvenire

esclusivamente per reati di particolare tenuità che comportano l'irrogazione di una pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di pena detentiva.

Da ciò consegue, altresì, che non è sufficiente l'accertamento, in capo al soggetto interessato, di una condanna penale, giacché il dettato normativo richiede una valutazione da parte dell'amministrazione ai fini di verificare, attraverso un apprezzamento discrezionale che deve essere adeguatamente motivato, l'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario da instaurare attraverso il contratto con l'amministrazione stessa, senza che tale apprezzamento possa ritenersi compiuto per implicito, attraverso la semplice enunciazione delle fattispecie di reato alle quali si riferisce la condanna.

In tale senso già si era pronunciata la giurisprudenza, sia pure con riferimento alla normativa pregressa di analogo tenore, affermando la necessità, ai fini dell'esclusione da una gara di appalto, di una discrezionale valutazione dell'amministrazione, insindacabile in sede giudiziale se non mediante la dimostrazione della sussistenza di vizi logici ovvero dell'erronea rappresentazione dei fatti, in ordine alla rilevanza di una condanna penale, subìta dall'imprenditore partecipante alla gara stessa (Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 1998, n. 125).

L'assunto viene ribadito anche con riferimento alla normativa in vigore, confermando che, nelle gare per l'aggiudicazione di contratti pubblici, all'amministrazione è demandato il compito di apprezzare se eventuali condanne, riportate nel certificato del casellario giudiziale, possono implicare un qualche vulnus alla moralità professionale del soggetto partecipante alla gara, attraverso la motivata valutazione, in concreto, della natura, della gravità e della rilevanza del reato (TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 23 dicembre 2000, n. 1980).

Ne consegue che l'amministrazione era tenuta a motivare con riferimento alla rilevanza del fatto omissivo – di per sé non determinante in relazione all'affidamento creato dalla formulazione letterale della norma di cui sopra – e all'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario da instaurare attraverso il contratto con l'amministrazione stessa.

Per le ragioni esposte il ricorso deve quindi essere accolto con il conseguente annullamento degli atti impugnati.

e

### **III) Consiglio di Stato, V (presid. Quaranta, relatore Mastrandrea) sentenza n. 1145 del 7 gennaio 2003 - A. C. srl contro Comune di Massa Lubrense più altri**

FATTO. Con delibera consiliare n. 78 del 20 agosto 1998, il Comune di Massa Lubrense indicava una procedura di gara ristretta per la scelta di uno o più partner privati ai fini della costituzione di una società mista a prevalente capitale pubblico per la gestione, su base novennale, dei servizi di igiene ambientale (smaltimento dei rifiuti solidi urbani – r.s.u.). Con la stessa delibera veniva approvato l'avviso di gara, affidando al Sindaco la nomina dei componenti della commissione incaricata di valutare le offerte pervenute.

Con successiva delibera di Giunta n. 657 del 2 novembre 1998 veniva approvato lo schema di lettera di invito e si stabiliva di invitare alla licitazione privata, per la costituzione della società mista sopraindicata, le ditte di cui all'elenco allegato alla delibera stessa. Nella seduta del 9 febbraio 1999, la commissione giudicatrice disponeva l'esclusione dell'offerta della ricorrente, in quanto dall'esame della documentazione di cui al punto D2 della lettera di invito risultava, a carico del legale rappresentante della stessa, una sentenza irrevocabile di condanna, emessa dal Pretore di ... in data ..., per violazione dell'art. 27 del DPR n. 915/82, afferente la materia oggetto dell'appalto. Nella medesima seduta la commissione disponeva, altresì, l'esclusione di altre quattro offerte (per motivi diversi). Nella riunione del 23 febbraio 1999, la commissione valutava l'offerta della società cooperativa ..., unica rimasta in gara, stante la previsione del bando che consentiva l'aggiudicazione anche in presenza di un'unica offerta valida. Con delibera di Giunta n. 158 del 26 febbraio 1999, il Comune di Massa Lubrense prendeva atto dei verbali di gara e, seguendo

l'indicazione della commissione giudicatrice, dava mandato al Sindaco per prendere contatti con la società .... ai fini della definizione dei necessari accordi prima della formalizzazione della costituzione della società mista, in modo anche da superare alcuni rilievi e riserve formulati dalla stessa commissione giudicatrice. Con delibera n. 351 del 7 giugno 1999, l'amministrazione comunale sceglieva quindi definitivamente la menzionata cooperativa quale partner privato per la costituzione della società mista, avendo giudicato esaustive tutte le specificazioni, in merito ai rilievi sollevati dalla commissione esaminatrice, fatte pervenire dalla società ..., e dava anche atto dell'effettuazione del servizio da parte della stessa ditta cooperativa, nelle more del perfezionamento degli atti relativi alla costituenda società mista.

I sopraindicati deliberati formavano oggetto delle impugnative proposte dall'attuale appellante con i primi due ricorsi avanzati dinanzi al TAR della Campania. Con l'ultimo dei ricorsi proposti in prime cure, la ditta A. C. insorgeva, invece, contro l'affidamento diretto della gestione del servizio in argomento, di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, alla neo-costituita società mista TdS spa.

Il tribunale amministrativo napoletano, dopo aver disposto incumbenti istruttori, respingeva i tre gravami riuniti, giudicando, in particolare, legittima l'esclusione dalla gara dell'odierna ricorrente, alla stregua della diretta attinenza del reato contravvenzionale (di cui all'art. 27 del DPR n. 915/82), commesso dal legale rappresentante della ditta A. C., alla specifica attività di gestione dei rifiuti, e ritenendo comunque infondate le censure relative all'inadeguata professionalità della commissione di gara, nonché quelle attinenti all'offerta C. e quelle circa l'affidamento diretto del servizio alla società mista TdS spa.

La ditta A. C. ha interposto l'appello in trattazione avverso la prefata pronuncia, contestandone l'impianto argomentativo sotto vari profili. L'amministrazione comunale intimata, la ditta scelta per entrare a far parte, come partner privato, della nuova società mista, nonché quest'ultima, in proprio, si sono tutte costituite in giudizio per resistere all'appello, insistendo per il rigetto del gravame alla luce anche della specificità del reato a suo tempo commesso dal legale rappresentante della ditta appellante.

**DIRITTO.** L'appello merita accoglimento, nei sensi appresso specificati. Occorre dare conto, in via preliminare, prima di concentrare l'attenzione sul corredo motivazionale del provvedimento di esclusione della ditta ricorrente dalla procedura selettiva in questione - finalizzata, come accennato in narrativa, alla scelta del partner privato di minoranza della società per azioni a prevalente capitale pubblico (comunale) per la gestione del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani - della censura dedotta dalla ditta A. C., anche in questo grado di giudizio, in ordine alla composizione, e non da ultimo alla adeguata professionalità, della commissione giudicatrice.

Il giudice amministrativo di prime cure ha disatteso la doglianza, muovendo dalla premessa che la disciplina relativa alle procedure di appalto pubblico di servizi (d.lg. n. 157/95) - richiamata nell'odierno caso di selezione del socio privato di minoranza di una spa mista - nulla prevede, a differenza della disciplina dei lavori pubblici, in merito alla composizione della commissione.

In mancanza di una previsione normativa cogente di dettaglio, varrebbero comunque i principi generali desumibili dall'art. 97 Costituzione (buon andamento, imparzialità) e dal Capo I della legge n. 241/90, nel senso che la composizione della commissione giudicatrice di cui si discute dovrebbe sempre assicurare un adeguato livello di professionalità dei suoi componenti, ma l'esercizio del potere discrezionale di scelta in capo alla stazione appaltante, in ordine alla effettiva composizione della commissione, andrebbe valutato non in base a rigidi schemi precostituiti, bensì secondo criteri elastici di logicità e proporzionalità. Nel caso di specie non emergerebbero, ad avviso dei primi giudici, "elementi di convincimento idonei a fondare la censura sollevata da parte ricorrente in termini peraltro piuttosto generici". In effetti, la procedura di nomina della commissione di gara sembra risultare immune dalle censure dedotte da parte dell'appellante, nel senso che, nei limiti della sindacabilità della questione da parte dell'attuale giudice, il raggiungimento di un livello complessivamente sufficiente di adeguatezza professionale non pare revocabile in dubbio, non potendosi dimenticare, a tacer d'altro, che la scelta è avvenuta, per la

maggior parte dei componenti, in base a sorteggio e, non da ultimo, in esito alla richiesta – rivolta, rispettivamente, all’Ordine degli avvocati, all’Ordine dei dottori commercialisti ed al Comune di Napoli - di designazione di tre terne di nominativi di qualificati esperti della materia. Il motivo di censura, dedotto con il secondo mezzo di appello, non riveste dunque apprezzabile pregio.

Venendo ora alla contestata esclusione dell’offerta dell’attuale ricorrente, nella seduta del 9 febbraio 1999, la Commissione giudicatrice appositamente nominata disponeva, in effetti, tale misura espulsiva in quanto, dall’esame della documentazione di cui al punto D2 della lettera di invito, risultava, a carico del legale rappresentante della stessa, una sentenza irrevocabile di condanna, emessa dal Pretore di ... in data ..., per violazione dell’art. 27 del DPR 915/82, afferente la materia oggetto dell’appalto.

Il TAR, confermando il proprio avviso già espresso in sede cautelare, si è schierato nel senso della legittimità dell’esclusione, alla stregua – in particolare – della diretta attinenza della richiamata fattispecie contravvenzionale alla specifica attività di gestione dei rifiuti (trattandosi dell’inosservanza delle prescrizioni dell’autorizzazione per omessa comunicazione nei termini ivi stabiliti del quantitativo, della natura e della destinazione finale dei rifiuti trattati). La valutazione discrezionale, compiuta al riguardo dalla stazione appaltante (nella motivazione di cui al predetto verbale la commissione esaminatrice accennava al profilo della diretta attinenza del reato all’oggetto dell’attività da svolgersi da parte della costituenda società), risultava quindi, sempre ad avviso dell’organo di prime cure, coerente e logica, e pertanto immune dai vizi denunciati con il ricorso introduttivo, non risultando pertinenti, in senso contrario, i rilievi della reclamante circa la natura solo contravvenzionale del reato e l’asserita intervenuta abrogazione del reato in argomento da parte del d.lg. n. 22/97 (non potendosi, in quest’ultimo caso, ritenere preclusa, per la sola depenalizzazione del fatto-reato a suo tempo commesso, l’incidenza negativa della subita condanna penale sul requisito generale di ordine soggettivo dell’impresa, non irrazionalmente apprezzata dalla stazione appaltante).

In realtà, le argomentazioni prospettate dalla parte attrice sono degne di positiva considerazione. E’ evidente che è controversa la possibilità di escludere dalla partecipazione alle gare, ai sensi di legge, i concorrenti nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna, con sentenza passata in giudicato, per qualsiasi reato che incida sulla loro moralità professionale. Orbene, la Sezione ha di recente messo in luce al riguardo, seppur precipuamente in ordine a fattispecie relative ad appalti di lavori pubblici, come, nella sua ampiezza ed elasticità, il concetto di moralità professionale presupponga la realizzazione di un reato pienamente idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione coi principi deontologici della professione, tenendo presente che la valutazione de qua non deve cristallizzarsi in criteri astratti e automatici, dovendosi invece essa adattare alle peculiarità del caso concreto, riferite tanto alle caratteristiche dell’appalto, quanto al tipo di condanna ed alle concrete modalità di commissione del reato (cfr. Cons. Stato, V, 18 ottobre 2001, n. 5517 e 25 novembre 2002, n. 6482). Nella specie, la stazione appaltante, come può evincersi dalle stringata formula assunta a verbale, non ha dato in alcun modo conto della disamina di alcuni pur rilevanti connotati concreti della fattispecie penale chiamata in causa, circa, a titolo di esempio, la natura dei fatti addebitati, la natura contravvenzionale del reato, l’irrogazione di una pena solo pecuniaria di certo non particolarmente cospicua, le vicende relative al soggetto condannato, non da ultimo la rilevanza concreta del precedente penale sull’affidabilità del servizio del svolgere. Ma non risulta accettabile, data doverosa attenzione alle peculiari connotazioni della fattispecie in argomento, che l’esclusione dalla gara si sia basata solamente su un freddo e semplice richiamo del tipo di reato e della sua attinenza alla materia dell’appalto, senza dunque dare adeguata contezza di aver proceduto ad un prudente apprezzamento delle ragioni che, nel concreto, precludevano l’eventuale affidamento del servizio in ragione del “precedente penale” stesso. L’esclusione della reclamante doveva conseguire ad un esercizio minimo di autonoma valutazione del giudicato penale a carico e non, automaticamente, alla sua mera esistenza e classificazione, come risulta, invece, essere illegittimamente avvenuto alla stregua del verbale delle operazioni della commissione di gara. I margini di insindacabilità attribuiti all’esercizio del potere discrezionale dell’Amministrazione

appaltante di valutare una condanna penale ai fini dell'esclusione da una gara d'appalto, evidentemente ampliati dal mancato rinvenimento nella normativa vigente di parametri fissi e predeterminati ai quali attenersi ai fini di detta valutazione (cfr., in tema, Cons. Stato, VI, 30 gennaio 1998, n. 125), non consentono comunque al pubblico committente di prescindere dal dare contezza di aver effettuato la suddetta disamina e dal rendere conoscibili gli elementi posti alla base della eventuale definitiva determinazione espulsiva. Diversamente opinando, soggetti come l'attuale appellante, ad esempio, vedrebbero (in automatico) definitivamente precluso, causa una pregressa infrazione formale non particolarmente grave, l'esercizio di attività contrattuale con la pubblica amministrazione nel campo di eminente esplicazione della propria libera iniziativa economica.

Tali argomentazioni non trovano smentita nel, pur non disconoscibile, tecnicismo e nella oggettiva qualificazione sostanziale che contraddistinguono le trasgressioni in materia di attività di smaltimento dei rifiuti, per le quali sembrerebbe qualificante non la gravità della sanzione ma la natura del reato sotto l'aspetto sostanziale, volendosi evitare l'affidamento del servizio a coloro che abbiano commesso reati (non necessariamente delitti) lesivi degli stessi interessi collettivi che, in qualità di aggiudicatari, sarebbero chiamati a tutelare (cfr. Cons. Stato, V, 27 marzo 2000, n. 1770). Anche tale affermazione di principio, pur condivisibile nella sostanza e nelle finalità, non può essere, infatti, portata ad estreme conseguenze, nella sua applicazione. Così, ancora una volta, non si può sottacere che, nella fattispecie in argomento, la sentenza del Pretore di ..., divenuta irrevocabile il ..., ha accertato, ai danni della (allora) legale rappresentante della ditta A. C., la violazione meramente formale delle prescrizioni contenute nell'autorizzazione allo smaltimento dei rifiuti, fattispecie contravvenzionale peraltro punibile con l'arresto sino a tre mesi o con l'ammenda sino a £ 5.000.000, ma che nel caso concreto, concesse le attenuanti generiche, è stata sanzionata con una pena pecuniaria di appena £ 600.000 (a tal riguardo non può incidere l'eventuale aggravamento della pena edittale che si sarebbe avuto con l'introduzione del decreto Ronchi di cui al d.lg. n. 22/97). Anche in questo caso, in definitiva, pur dovendosi riconoscere la sussistenza di un legame oggettivo tra fattispecie penale e materia oggetto dell'appalto, non poteva accedersi ad una valutazione di compromissione della moralità professionale della società ricorrente postulata del tutto acriticamente (e immotivatamente) dalla stazione appaltante, senza che cioè si desse conto, nel dettaglio, della fattispecie punita, della sanzione irrogata e dell'atteggiamento soggettivo colposo che, come minimo, doveva aver contraddistinto la condotta realizzante la fattispecie contravvenzionale (art. 42, ultimo comma, cod. pen.).

La censura, in definitiva, merita adesione e riveste portata assorbente.

... OMISSIS ...

*Commento. Le decisioni non solo appaiono corrette ma sono anche le uniche in linea con una lettura moderna e costruttiva del rapporto fra l'ente pubblico, che bandisca una gara di appalto, e una società o un imprenditore individuale, che a quella gara concorra. In mancanza di una espressa e puntuale norma di legge che fissi i casi di esclusione dalla gara di un imprenditore o di un amministratore di società a causa del loro non meritorio curriculum morale - concetto molto labile appunto perché non meglio precisato dalla legge - la stazione appaltante non può farsi arbitra incensurabile della richiesta ed estromettere secondo meccanismi automatici il concorrente che sia incorso in una precedente violazione, per quanto dichiarata e condannata dal giudice. Il ruolo di equo e lungimirante amministratore dei pubblici interessi da riconoscersi in capo all'ente pubblico fa sì che alla condanna del privato, comunque subita (anche magari per violazioni significative e pesanti), non segua l'esclusione se non dopo una attenta valutazione delle conseguenze che tale condanna può avere sul rapporto che va ad insorgere. E' anche questo, a ben vedere, un particolare modo di atteggiarsi dell'istituto della motivazione di cui abbiamo già parlato. Dove la legge non pone regole insormontabili, tocca all'amministrazione dare esplicita e analitica dimostrazione del perché certe situazioni impediscano l'avvio o la prosecuzione del rapporto.*

*In particolare la seconda delle due sentenze sottolinea che neanche la natura tipica del reato commesso (tipica nel senso della stretta attinenza di esso con la materia oggetto del nuovo rapporto) è sufficiente di per sé a sancire l'estromissione, ma può al massimo rappresentare un indizio da rafforzare, a cura dell'ente, con idonei approfondimenti argomentativi da cui emerga l'impraticabilità, in termini di pubblico interesse, della stipulazione di un nuovo rapporto.*

*Ne emerge un ulteriore dato: che, agli occhi dei giudici, la pubblica amministrazione deve pronunciarsi sempre, con meditate e chiare considerazioni, in ordine a tutti i profili che costituiscono il tema da decidere. Trincerarsi dietro frasi fatte o, peggio, dietro al silenzio non paga più.*

#### **IV) Consiglio di Stato, IV (presid. De Lise, relatore Santoro) sentenza n. 743 del 27 aprile 1999 - Società R. spa contro Provincia autonoma di Trento**

DIRITTO. L'appello è fondato. L'impresa esecutrice R. spa, completati i lavori di costruzione delle opere di premunizione contro le valanghe nella zona di distacco a difesa dell'abitato di ..., ed esperito il collaudo, chiedeva copia della relazione riservata del collaudatore ing. C. T. di cui all'art. 100 del R.D. 25 maggio 1895 n. 350, motivando la richiesta con la necessità di esplicitare le riserve apposte alla firma degli atti di collaudo e di intervenire nel procedimento amministrativo di definizione delle riserve. Alla richiesta l'amministrazione - con il provvedimento impugnato - opponeva il segreto, ai sensi della disposizione ultima citata, affermando la non applicabilità al caso di specie della disciplina dell'accesso di cui alla legge n. 241 del 1990, in quanto il documento richiesto sarebbe stato estraneo all'attività amministrativa soggetta ai principi di trasparenza introdotti dalla suddetta legge.

La tesi è infondata. La relazione del direttore dei lavori, che deve indicare fra l'altro "le controversie e le domande presentate dall'appaltatore, con la proposta ragionata della risoluzione" (art. 63, comma 4, lett. i, R.D. 25 maggio 1895 n. 350), nonché la relazione del collaudatore sulle riserve apposte allo stato finale dell'appaltatore, si inseriscono nella "fase amministrativa dell'esame e della decisione sulle riserve", nella quale "la pubblica amministrazione ha il dovere giuridico di prestare la propria attività di valutazione della fondatezza delle pretese avanzate dall'appaltatore" (Cass. 7 settembre 1970 n. 1274; Cons. Stato, VI, 11 dicembre 1996 n. 1744). In particolare, il collaudatore, dopo avere confrontato le risultanze del processo verbale di visita con il progetto ed i documenti contabili, ed avere chiarito in apposita relazione le due deduzioni circa l'osservanza delle prescrizioni contrattuali, nonché attestato, previo parere dell'ingegnere capo, se l'opera sia o no collaudabile ed indicato gli atti conseguenti da compiere, espone in relazione separata e segreta il proprio parere sulle domande dell'impresa di cui all'ultimo comma dell'art. 91 del R.D. 25 maggio 1895 n. 350, dichiarando altresì se l'appaltatore sia stato negligente o di malafede, e ciò per ulteriori provvedimenti ai termini dell'art. 79 del regolamento sulla contabilità generale dello Stato. Tali attività del collaudatore, qualificate come decisorie sia dalle norme (art. 23 R.D. 25 maggio 1895 n. 350, richiamato dall'art. 54) che dalla giurisprudenza (Cass. 6 ottobre 1990 n. 9830), hanno le caratteristiche di un procedimento amministrativo di definizione delle controversie, soggetto al principio di imparzialità, e non solo assimilabili all'esame delle pretese avversarie che un soggetto privato possa svolgere informalmente e nel proprio esclusivo interesse in vista di un comportamento o di una transazione con la controparte. Di conseguenza, gli atti del procedimento, ivi comprese le relazioni del collaudatore, anche se riferentisi ad un rapporto sostanziale di diritto privato, debbono essere sottoposti alla disciplina della legge n. 241 del 1990. In tal modo la pubblica amministrazione può, in casi particolari, trovarsi in una condizione di svantaggio rispetto alla controparte per quanto concerne la disponibilità delle prove in una controversia, giacché

dichiarazioni od opinioni del direttore dei lavori o del collaudatore possono essere utilizzate dall'appaltatore a sostegno delle proprie domande. Ma ciò non determina necessariamente uno squilibrio nel regime complessivo delle prove nel processo civile, giacché, nell'esercizio del potere di valutazione previsto dall'art. 116 cod. proc. civ., il giudice può riconoscere ai documenti dell'amministrazione un valore probatorio anche a vantaggio di quest'ultima, proprio in considerazione delle garanzie di imparzialità e di conoscibilità derivanti dalla loro disciplina pubblicistica.

Va dunque esclusa, nei confronti degli atti del collaudatore, ogni esigenza di riservatezza, poiché il contenuto della sua relazione inerisce ad un rapporto meramente professionale con l'amministrazione per l'assolvimento dei compiti della medesima e non implica alcuna conseguenza di tipo professionale. Né può attribuirsi rilevanza, ai fini in questione, alla natura "interna" della relazione riservata del collaudatore, rispetto allo svolgimento dell'iter procedimentale sopra descritto, posto che la natura di atto interno non esclude l'applicazione della disciplina sull'accesso. L'interesse dell'istante all'accesso è, poi, ravvisabile in re ipsa, trattandosi del collaudo di opera della quale l'istante è esecutrice.

Da ultimo, va ricordato che i principi qui accolti in materia di accesso ad atti posti in essere da soggetti di diritto privato, quando facciano parte di un procedimento amministrativo in senso stretto - pur contrari ad un isolato precedente del Cons. Stato, V, 17 dicembre 1996 n. 1559, ma conformi a quanto ritenuto dalla VI Sez., 11 dicembre 1996 n. 1744 - sono stati condivisi dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in alcune decisioni in analoghe fattispecie.

L'appello va, pertanto, accolto e, per l'effetto, va ordinata all'amministrazione resistente l'esibizione del documento in questione.

**Conformi: Consiglio di Stato, IV (presid. Jannetta, relatore Falcone) sentenza n. 1171 del 10 dicembre 1998 - Società C. N. contro ANAS. Massima (dalla rivista "Consiglio di Stato", 1998): "Ai sensi dell'art. 25 legge 7 agosto 1990 n. 241, l'appaltatore di opera pubblica ha diritto di prendere visione della relazione riservata del direttore dei lavori di cui all'art. 63, comma 4, lett. i), R.D. 25 maggio 1895 n. 350" e TAR Marche (presid. e relatore Lignani) sentenza n. 22 del 15 gennaio 2001 - A. R. contro Comune di Montecastrilli più altri**

*Commento. La seconda delle due decisioni presenta una massima confermativa di altra precedente (Cons. Stato, VI, 11 dicembre 1996 n. 1744), che così recita : "Ai sensi dell'art. 25 legge 7 agosto 1990 n. 241, l'appaltatore di opera pubblica ha diritto di prendere visione della relazione riservata del direttore dei lavori di cui all'art. 63, comma 4, lett. i), R.D. 25 maggio 1895 n. 350". L'altra, Cons. Stato, IV, 27 aprile 1999 n. 743, dispone che "il diritto di accesso agli atti amministrativi previsto dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 si estende anche alla relazione riservata del collaudatore dei lavori pubblici appaltati dall'amministrazione, prevista dall'art. 100 R.D. 25 maggio 1895 n. 350".*

*Vanno citati questi due verdetti, di solito richiamati a proprio favore dalle ditte che chiedono l'accesso, perché occorre sottolineare come la giurisprudenza sia oggi fortemente combattuta sul punto. Prevale comunque la tesi estensiva, favorevole all'accesso. Per tutti, fra i responsi più aggiornati, mi sento di menzionare Cons. Stato, IV, 15 maggio 2000 n. 2734, per cui: "La relazione del collaudatore di un'opera pubblica, qualificata come "riservata" ai sensi dell'art. 100 R.D. 25 maggio 1895 n. 350, è un atto acquisito al procedimento amministrativo di realizzazione dell'opera ed è idoneo ad incidere sulla sfera giuridica dell'appaltatore, per le scelte che sulla base della stessa relazione l'amministrazione può assumere; pertanto, tale atto non può essere sottratto al diritto di accesso disciplinato dall'art. 22 legge 7 agosto 1990 n. 241, che considera accessibile ogni atto, anche interno, formato dall'amministrazione o comunque utilizzato ai fini dell'attività amministrativa, eccezion fatta per ipotesi derogatorie che assumono valenza eccezionale e quindi sono di stretta interpretazione".*

*Di segno diametralmente opposto la lettura data da Cons. Stato, IV, 20 dicembre 1999 n.2125, ove, in sede di annullamento parziale della sentenza TAR Lombardia - Milano, III, 1 giugno 1999 n. 1993, si afferma: "L'art. 21 bis legge 11 febbraio 1994 n. 109 definisce "riservata" la relazione dell'organo di collaudo di opera pubblica; pertanto, essa è sottratta al diritto di accesso previsto dall'art. 22 legge 7 agosto 1990 n. 241".*

*Personalmente, in virtù di considerazioni sistematiche ed evolutive, propendo per la tesi più larga e liberale.*

**V) Consiglio di Stato, VI (presid. Schinaia, relatore De Nictolis) sentenza n. 4435 del 4 settembre 2002 – I. srl contro Autorità Portuale di Genova più altri**

FATTO. L'originario provvedimento di esclusione è stato annullato per difetto di motivazione, con salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, e con riserva di verificare la sussistenza di un danno risarcibile all'esito del rinnovo delle operazioni di gara.

Il rinnovo delle operazioni e la conferma dell'esclusione con autonomo provvedimento, allo stato non impugnato, rende [rectius: rendono] infondata la domanda di risarcimento del danno.

Il danno sarebbe risultato comprovato, infatti, ove fosse risultata la illegittimità sostanziale dell'operato dell'amministrazione, che avesse negato l'aggiudicazione ad un concorrente che vi avesse titolo. Risulta nel caso di specie, al contrario, che, al di là del vizio formale di difetto di motivazione dell'atto di esclusione, il concorrente è risultato non avere diritto all'aggiudicazione, sicché non vi è alcun danno risarcibile. In sintesi, se, in sede giurisdizionale, viene annullato un provvedimento amministrativo per vizi di ordine formale o comunque per vizi di difetto di istruttoria e motivazione, che non escludono e, anzi, consentono il riesercizio del potere, la domanda di risarcimento del danno non può essere valutata se non all'esito del nuovo esercizio del potere; se l'atto negativo viene reiterato, per ragioni diverse dal precedente, il sopravvenuto provvedimento negativo esclude, allo stato, la sussistenza di un danno risarcibile derivante dal primo provvedimento, salva la verifica degli estremi del danno in caso di annullamento giurisdizionale anche del secondo provvedimento. Non possono, sul punto, trovare accoglimento le deduzioni di parte ricorrente, secondo cui il danno, distinto nelle due voci del danno emergente e del lucro cessante, sarebbe comunque risarcibile per il solo fatto della acclarata illegittimità dell'atto di esclusione, ancorché si tratti di sola illegittimità formale. Quanto al danno emergente, corrispondente, secondo quanto dedotto dalla parte, alle spese per la redazione e presentazione della domanda di partecipazione alla gara, lo stesso non può essere ritenuto svincolato dal rinnovo delle operazioni di gara, come preteso dal ricorrente. Invero, in termini generali, la partecipazione alle gare di appalto comporta per le imprese dei costi che, ordinariamente, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. Detti costi di partecipazione alla gara si colorano come danno emergente solo qualora l'impresa subisca una illegittima esclusione, perché in tal caso viene in rilievo il diritto soggettivo del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili e addirittura illegittime. I costi di partecipazione alla gara, qualificati come danno emergente in caso di condotta illecita della stazione appaltante, vanno, in via prioritaria e preferenziale, ristorati in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara. Solo ove tale rinnovo non sia possibile, vengono ristorati per equivalente. Nel caso di specie, vi è stato il risarcimento in forma specifica della illegittima esclusione, e dunque dei costi di partecipazione alla gara, mediante rinnovo delle operazioni di gara. E posto che il rinnovo delle operazioni si è tradotto solo in una nuova valutazione dell'anomalia dell'offerta, ma non in una nuova partecipazione alla gara, è evidente come non vi sono stati, per l'impresa, costi aggiuntivi di partecipazione, sicché il danno ha già avuto pieno ristoro in forma specifica.

Diversamente opinando, vale a dire concedendo il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara in aggiunta al risarcimento in forma specifica, si concederebbe al partecipante ad una gara di pubblico appalto un beneficio maggiore di quello che deriverebbe da una partecipazione regolare e addirittura dalla stessa aggiudicazione, vale a dire il rimborso di costi che restano ordinariamente a carico dell'impresa partecipante.

Quanto al lucro cessante, corrispondente al mancato utile, che si sarebbe conseguito in caso di aggiudicazione della gara, parte ricorrente sostiene che tale voce di danno andrebbe risarcita a prescindere dal rinnovo delle operazioni di gara, in quanto andrebbe ristorata per equivalente la perdita di chance di vittoria. Tale assunto è infondato, in quanto anche la chance di vittoria deve, ove possibile, essere ristorata in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara. Rinnovate le operazioni di gara a titolo di ristoro in forma specifica, se l'impresa risulta vincitrice, delle due l'una: 1) l'appalto non è stato ancora eseguito, e in tal caso potrà essere eseguito dall'impresa vincitrice, e non c'è spazio alcuno per risarcimenti in forma equivalente; 2) l'appalto è stato nel frattempo eseguito, sicché l'impresa vincitrice non può essere aggiudicataria ed esecutrice dei lavori: in tal caso, sarà dovuto il risarcimento per equivalente, sia del danno emergente (costi di partecipazione alla gara), sia del lucro cessante (mancato utile). In sintesi, in un appalto pubblico, la chance di vittoria dell'impresa illegittimamente esclusa deve, ove possibile, essere ristorata in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara: se, all'esito del rinnovo, l'impresa risulti vincitrice, ma non possa aggiudicarsi l'appalto perché lo stesso nel frattempo è stato già eseguito, sarà dovuto il risarcimento per equivalente, sia del danno emergente (costi di partecipazione alla gara), sia del lucro cessante (mancato utile). Va altresì osservato che appaiono in questa sede inammissibili le censure dedotte contro il nuovo provvedimento di esclusione nella memoria depositata da parte appellante per l'udienza odierna. Trattandosi, infatti, di nuovo e autonomo provvedimento, lo stesso deve essere specificamente impugnato mediante atto notificato alle controparti, in un nuovo giudizio. Invero, una volta annullato in sede giurisdizionale un provvedimento di esclusione da appalto, per vizi di carattere formale, e ordinato all'amministrazione il rinnovo delle operazioni di gara, a titolo di risarcimento in forma specifica e al fine della verifica della sussistenza di un danno risarcibile per equivalente, il nuovo provvedimento negativo, che non sia meramente confermativo del precedente, deve essere autonomamente impugnato con atto notificato alle controparti. Neppure può ipotizzarsi, come richiesto dal ricorrente, una disapplicazione provvedimentoale, sull'assunto che la causa risarcitoria verte in tema di diritti soggettivi, in relazione ai quali sarebbe consentita la disapplicazione dei provvedimenti illegittimi. Se anche si vuole qualificare la pretesa al risarcimento del danno in termini di diritto soggettivo, tuttavia, nel caso di specie, il danno discende da un nuovo provvedimento amministrativo – asseritamente illegittimo – e dunque trattasi di danno arrecato ad una situazione soggettiva di interesse legittimo. Sicché, secondo le regole ordinarie, i provvedimenti lesivi di interessi legittimi vanno tempestivamente impugnati, e non possono essere disapplicati, nemmeno nella prospettiva che gli stessi arrecano un danno ingiusto, facendo insorgere un diritto soggettivo al relativo risarcimento, in quanto il diritto soggettivo al risarcimento del danno arrecato ad un interesse legittimo è una situazione soggettiva che nasce, in via eventuale, solo dopo l'annullamento giurisdizionale del provvedimento lesivo dell'interesse legittimo, ma non esiste prima della impugnazione del provvedimento medesimo e a prescindere dalla stessa.

*Commento. E', quello messo a nudo dalla sentenza, un tasto molto dolente per gli amministratori e ancor più per gli operatori di pubbliche amministrazioni. Indubbiamente il tasso di rischio è fortemente cresciuto - con il logico bagaglio di preoccupazioni - a partire dalla ormai famosa sentenza n. 500 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che nell'estate del 1999, invertendo l'indirizzo quasi secolare fino a quel momento seguito, ha deciso che gli enti pubblici debbono rispondere anche per i danni cagionati a terzi a séguito di lesione di interessi legittimi (e non solo di diritti soggettivi). Fino a quel fatidico revirement, infatti, le amministrazioni non erano chiamate a pagare, ad esempio, per errori commessi nel corso di procedure di concorso, o di gare d'appalto, o di espropriazione per pubbliche utilità, appunto perché questi errori incidevano su posizioni di privati che non integravano diritti soggettivi pieni ma semplici interessi legittimi, quelli cioè che sono sì salvaguardati ma solo in quanto sia anche - e in primo luogo - tutelata la legalità della procedura. Per fare un esempio, se vengo illegittimamente escluso da un concorso perché, poniamo, non è stato considerato un mio titolo o non è stata valutata la mia prova, allora posso sì*

*insorgere, ma - così almeno è previsto tecnicamente nel nostro sistema processuale - chiedendo il ripristino della procedura corretta: e ciò anche se, ovviamente, la mia vera preoccupazione, il mio sostanziale obiettivo sono rivolti alla mia affermazione finale nel concorso. In altre parole, il mio interesse è mediato, filtrato da un superiore interesse primario, che è quello della cosa pubblica a che i concorsi siano correttamente espletati. Diverso il caso in cui il Comune, dopo avermi sottratto - con procedura in sé irreprensibile - il frutto di mia proprietà, si rifiuti di versarmi il corrispettivo definito, vuoi pattiziamente vuoi anche - come pure può avvenire - in via autoritativa. Qui si verte su un mio diritto soggettivo pieno, la cui soddisfazione mi è direttamente garantita, senza il transito obbligato attraverso il ripristino di qualche altro interesse pubblico.*

*La decisione in commento, che sul punto si allinea ad un indirizzo ormai di gran lunga prevalente e che ha contribuito a ridimensionare le iniziali angosce degli operatori, conferma che il diritto al risarcimento per danni patiti dalla condotta (o dal silenzio, comunque dalla negligenza colpevole) di una pubblica amministrazione non discende automaticamente dall'avvenuto accertamento della illegittimità del provvedimento impugnato. Per tornare cioè all'esempio della gara per pubblico appalto, dall'eventuale illegittima esclusione - tale riconosciuta dal giudice amministrativo - non sorge tout court la possibilità, per la ditta oggetto del provvedimento viziato, di rivendicare presunti danni. Se infatti un nuovo provvedimento dello stesso ente rimuove l'errore che ha determinato quel famoso vizio, e dal nuovo contesto emerge che l'impresa ricorrente non si sarebbe comunque aggiudicata l'appalto, nulla le deve essere riconosciuto a tale titolo. Altrettanto, simmetricamente, se dalla rivisitazione della vicenda emergesse che quel soggetto, inizialmente a torto escluso, meritava di vincere la gara, perché in questo caso l'aggiudicazione ad esso dei lavori, qualora ancora possibile, determinerebbe la cosiddetta reintegrazione in forma specifica, facendogli ottenere esattamente quanto fin dall'inizio si proponeva.*

*Monitoreremo in avvenire l'evoluzione dell'atteggiamento della giurisprudenza su questo fondamentale tema, in modo da offrire al lettore un panorama costantemente aggiornato e utile per le sue scelte.*



E' una storia lunga, quella che ci accingiamo a raccontarvi. Lunga e complessa, anche se, a modo suo, molto istruttiva. Comincia assai indietro nel tempo, addirittura in epoca pre repubblicana: più precisamente nel 1934, quando, nel marzo, venne adottato il testo unico della legge comunale e provinciale (il Real Decreto prese il numero 383).

Per l'epoca si trattava di un'importante riforma, che sostituiva il testo unico emanato nella stessa materia circa un ventennio prima; e neanche malfatta (per quanto ovviamente orientata secondo le attese e le coordinate del regime imperante), se è vero che dovette passare più di mezzo secolo - a Costituzione ormai acquisita al patrimonio giuridico e morale del paese - perché l'ultima delle sue disposizioni fosse cancellata. Fra le sue norme più significative si ponevano gli articoli 106 e seguenti, che consentivano ai Comuni di attivare un potere sanzionatorio in caso di violazioni perpetrate nei riguardi di disposizioni di regolamenti comunali e per trasgressioni ad ordinanze del Sindaco. Ora, il T.U. n. 383/1934, appunto perché introdotto nell'ordinamento con decreto reale, rientrava nel novero degli atti legislativi, degli atti cioè che possiedono lo stesso rango delle leggi. Esattamente quello che ancor oggi capita con i decreti presidenziali, in sigla D.P.R., che sono provvedimenti approvati dal governo su delega parlamentare, di cui parla la Costituzione per collocarli, insieme con i decreti-legge, sullo stesso piano delle leggi in quanto "atti aventi forza di legge" (v. art. 77 Cost.).

Dunque il T.U. sulle leggi comunali e provinciali aveva forza di legge, e con esso naturalmente gli articoli 106 e seguenti. Il che significa che, quando i singoli Comuni del paese licenziavano i regolamenti sanzionatori in materia di contravvenzioni alle loro disposizioni, era su una legge, su quella precisa norma di legge, che basavano l'operazione.

Facciamo un salto di 66 anni e cambiamo pagina, anzi millennio. Nel corso del 2000 viene varata una importante riforma delle autonomie locali, il cui ordinamento era peraltro già stato profondamente inciso un decennio prima, con la famosa legge n. 142/1990. Questa nuova riforma (consegnata al decreto legislativo n. 267/2000, quindi anch'esso avente forza di legge) è incisiva e globale, anzi ha la dichiarata funzione di risolvere tutti i problemi connessi, di normare organicamente l'intera materia, di creare insomma un sistema chiuso. Con la conseguenza che le leggi precedenti promulgate sulla materia - fra cui il più volte citato T.U. del 1934 - sono state abrogate espressamente e spazzate via tutte le loro disposizioni ancora superstiti. Questo impone l'art. 274, comma 1, del d.lgs. n. 267/2000. Peccato però che, nell'abrogare l'art. 106 e quelli

seguenti del testo unico del 1934, la legge abbia dimenticato di reintrodurre un concetto analogo, assolutamente necessario per assicurare ai Comuni un potere altrimenti tecnicamente ingiustificato. Il legislatore della riforma si era letteralmente dimenticato di sostituire l'anello venuto meno, dando prova - nel rendersi responsabile di una simile, grave distrazione - di indiscutibile superficialità. Che non solo, come subito vedremo, ha comportato non poche incertezze e problemi non dappoco, ma ha costretto il legislatore stesso a tornare precipitosamente sul punto.

Venuta meno la norma di legge che investiva i Comuni della potestà di autoregolamentare la materia delle violazioni e delle relative sanzioni, stando al precetto costituzionale (art. 23) che prevede che tutte le sanzioni inflitte a carico dei privati cittadini, prestazioni economiche come personali, siano direttamente comminate da un atto avente forza di legge (come appunto era il decreto reale) o quanto meno delineate, o comunque autorizzate, da una legge, i Comuni perdevano detto potere e l'osservanza dei loro regolamenti finiva per diventare più o meno un optional da parte del cittadino perché, mancando il famoso anello di congiunzione, la sanzione inflitta era priva del presupposto normativo e quindi doveva considerarsi ingiusta.

Il governo nazionale cercò di correre ai ripari, raccomandando ai Comuni di varare comunque i relativi Regolamenti, attingendo direttamente a norme costituzionali. L'invito governativo, che affermava di richiamarsi all'interpretazione data dalla più recente giurisprudenza (Cass., I, n. 12779/1995 e III, n. 1865/2000), venne espresso con la nota del Ministero dell'interno - Direzione generale dell'amministrazione civile n. 263/1 - bis/11/L. 142 del 7 marzo 2001, la quale conservava ai Comuni la potestà sanzionatoria, alimentandosi al dettato del citato art. 7 d.lgs. n. 267/2000, il quale "attribuisce all'ente locale la competenza regolamentare in modo esemplificativo".

Il Comune di Aosta non ha mancato di adeguarsi alla direttiva, anche per evitare di privare dell'indispensabile momento sanzionatorio una tranche significativa della propria vita così puntualmente regolamentata. Lo ha fatto con una deliberazione del Consiglio comunale (la n. 153 del 27 settembre 2001).

Vi si legge in primo luogo che "il potere regolamentare del Comune trova proprio fondamento generale, nell'ambito della Valle d'Aosta, nell'art. 2, comma 2, legge regionale 7 dicembre 1998 n. 54 e, in ambito nazionale, nell'art. 7 d.lgs. n. 267/2000, i quali attribuiscono all'ente locale competenza regolamentare". Fonti abilitative ulteriormente precisate nel passaggio che vuole il fondamento dei regolamenti comunali radicarsi nei valori espressi dagli artt. 5 Cost. ("La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali...") e 128 Cost. (nella versione antecedente l'abrogazione operata con la recente modifica del titolo V della Seconda parte della Carta costituzionale: "Le Province e i Comuni sono enti autonomi nell'ambito dei principi fissati da leggi generali della Repubblica, che ne determinano le funzioni"; visione comunque ribadita e rafforzata dal nuovo testo dell'art. 114, secondo comma, Cost.: "I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione").

La conclusione era che, in quel particolare frangente storico, il potere sanzionatorio del Comune trovava fonte, legittimazione e disciplina nel precetto dell'art. 12 legge n. 689/1981, laddove è affermata l'applicabilità delle disposizioni del Capo I della legge stessa a "tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro...", con conseguente applicabilità del precedente art. 10, primo comma, legge n. 689/1981, in forza del quale, fra l'altro, "la sanzione amministrativa pecuniaria consiste nel pagamento di una somma non inferiore a lire dodicimila e non superiore a lire ventimilioni".

Era così evidenziata la facoltà del Comune di Aosta di esercitare il potere regolamentare, quale "modalità esplicativa dell'autonomia normativa assegnatagli dall'attuale ordinamento". In questa premessa, la deliberazione consiliare n. 153/2001 citata enunciava i seguenti principi:

1 - Per le violazioni a disposizioni di regolamenti comunali nonché di ordinanze del Sindaco o dei Dirigenti del Comune di Aosta, rispetto alle quali non sia determinabile il riferimento a sanzione amministrativa pecuniaria stabilita per legge, si

applica, in virtù di quanto previsto dall'art. 10, primo comma, legge n. 689/1981, una sanzione amministrativa pecuniaria consistente nel pagamento di una somma non inferiore a lire dodicimila (euro 6,2) e non superiore a lire ventimilioni (euro 10.329,14).

2 - Ciascun Settore dell'Amministrazione sottoporrà per l'adozione alla Giunta Comunale una apposita deliberazione recante la concreta previsione delle singole sanzioni amministrative relative a violazioni di regolamenti nonché ordinanze del Sindaco o del Dirigente rientranti nell'ambito della rispettiva competenza, determinando - entro i limiti di cui al punto 1 - il limite pecuniario minimo e quello massimo di ciascuna sanzione, il quale ultimo, ai sensi dell'art. 10, secondo comma, legge n. 689/1981, non può eccedere per ciascuna violazione il decuplo del minimo. Fino a quando la Giunta Comunale non avrà adottato la deliberazione di cui sopra, per le materie di competenza dei singoli Settori i limiti minimo e massimo saranno rispettivamente di lire 100.000 (Euro 51,65) e di lire 1.000.000 (Euro 516,46).

3 - Ai fini della determinazione pecuniaria della sanzione si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche (art. 11 L. n. 689/1981)

4 - A fronte della violazione delle disposizioni suddette, all'autore dell'illecito è riconosciuta la possibilità di assolvere in via breve la sanzione con pagamento in misura ridotta secondo le modalità previste dall'art. 16 della legge n. 689/1981".

Sulla scorta dell'enunciato consiliare è quindi intervenuta la deliberazione di Giunta Comunale n. 26/2002, determinando nello specifico le sanzioni amministrative per violazioni commesse in alcune materie, più esattamente le materie contenute nei Regolamenti di Polizia urbana, di disciplina dell'attività di parrucchiere ed estetista e di disciplina del trasporto di persone mediante autoservizi non di linea, nonché di deiezioni organiche degli animali domestici e di loro conduzione sulla pubblica via.

L'esito di tutto quanto laborioso iter (parte del quale, va ribadito, reso necessario da una negligenza a monte, da parte dell'autorità governativa) è consegnato ai seguenti prospetti, approvati dalla Giunta Comunale, con cui - analiticamente, voce per voce - sono stati definiti gli importi delle sanzioni amministrative relative ai diversi settori normati.

A) VIOLAZIONI DEL VIGENTE REGOLAMENTO DI POLIZIA URBANA E DELL'ORDINANZA SINDACALE N. 162 DEL 20 MAGGIO 1998

FONTE NORMATIVA	SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA		SANZIONE ACCESSORIA EX ART. 80 REGOLAMENTO DI POLIZIA URBANA	ALTRO
<u>Regolamento di Polizia Urbana</u>	Minimo	Massimo max 10 volte minimo		

Articoli	Euro	Euro		
6	51	510		
9	51	510		
17	51	510		
18	102	1020	Obbligo della rimozione immediata delle cose oggetto della violazione, obbligo ad ottemperare, in caso contrario procede l'amministrazione con diritto di rivalsa delle spese sostenute	
22	102	1020		
24	102	1020		
25	102	1020	Obbligo della rimozione immediata delle cose oggetto della violazione	Sequestro e confisca facoltativi
26	51	510		
27	102	1020		
28	102	1020		
29	51	510		
30	51	510		
31	51	510		
32	102	1020		
33	102	1020		
34 comma 4	51	510		

47	51	510		
56	51	510		
60	102	1020		
61	102	1020	Obbligo della rimozione immediata delle cose oggetto della violazione, obbligo ad ottemperare, in caso contrario procede l'amministrazione con diritto di rivalsa delle spese sostenute	
62	102	1020		
64	102	1020		
65	102	1020		
66	102	1020		
67	102	1020		
69	102	1020		
70	102	1020		
71	102	1020		
72	102	1020		
74	51	510		
75	51	510		
76	204	2040		

77	102	1020		
Ordinanza sindacale n. 162 del 20 maggio 1998	Minimo	Massimo max 10 volte minimo		
Comma 1	51	510	Obbligo di asportazione delle deiezioni di animali domestici da parte dei conduttori degli stessi	
Comma 3	51	510	Obbligo di tenere al guinzaglio gli animali domestici	
Comma 5	102	1020	Infrazione commessa su aree verdi	

#### B) VIOLAZIONI DEL VIGENTE REGOLAMENTO DI DISCIPLINA DELL'ATTIVITA' DI PARRUCCHIERE ED ESTETISTA

Per le trasgressioni alle norme del regolamento approvato con delibera del Consiglio comunale n. 6 del 26 gennaio 1999 (già indicate nell'art. 30 dello stesso regolamento) si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da Euro 300 (trecento) ad Euro 1.500 (millecinquecento).

#### C) VIOLAZIONI DEL VIGENTE REGOLAMENTO DI DISCIPLINA DEL TRASPORTO DI PERSONE MEDIANTE AUTOSERVIZI NON DI LINEA

Per le trasgressioni alle norme del regolamento approvato con delibera del Consiglio comunale n. 208 dell'11 ottobre 1999 (già indicata nell'art. 38 dello stesso regolamento) si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da Euro 300 (trecento) ad Euro 1.500 (millecinquecento).

Questo scenario, come definito dalla deliberazione consiliare n. 153/2001 sollecitamente adottata dal Comune di Aosta in linea con i suggerimenti ministeriali, è stato scosso da un recente parere di segno sfavorevole (n. 885/01, Sez. I) del Consiglio di Stato, il quale ha appunto rivolto critiche all'impostazione governativa e messo in discussione le sue stesse fondamenta, cioè che la norma di legge - sorta di cinghia di collegamento fra il potere del Comune e l'esercizio di tale potere - esistesse nel nostro ordinamento. Con la conseguenza che il legislatore è stato costretto a rimediare precipitosamente al guasto riscontrato. E' stato così approvato l'art. 16 del collegato ordinamentale per la pubblica amministrazione licenziato il 21 dicembre 2002; con esso è stato definitivamente eliminato l'anello mancante e dissipata ogni ombra sulla legittimità delle norme regolamentari sopra

riportate.