

Sentenza Consiglio di Stato 5 marzo 2003, n. 1212

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. 2313/2002, proposto dal Comune di
LUNGRO, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso
dall'avv. Filippo LATTANZI ed elettivamente domiciliato in Roma, via
G. Pierluigi da Palestrina 47,

CONTRO

l'A.T.P. PRINCIPATO – BRUNO – CUIOLI – D'AGOSTINO –
GAUDIO – MARRAFFA – TRIPODI, in persona del Prof. Ing.
Giancarlo Principato, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa
dall'avv. Oreste MORCAVALLO presso il quale è elettivamente
domiciliata in Roma, via Arno 6,

e nei confronti

dell'A.T.P. COZZUPOLI – FERACO – ALBERT – SIMONETTI –
MANDAGLIO – BATTAGLIA – INFANTINO – GALLUCCIO,
coordinata dal Prof. Dott. Giuseppe Mandaglio, non costituitasi in
giudizio,

per l'annullamento

della sentenza del TAR della Calabria, Sede di Catanzaro,

TRG

Sezione I, 28 novembre 2001, n. 1776;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata A.T.P.

Principato e altri;

visti gli atti tutti di causa;

relatore, alla pubblica udienza del 12 novembre 2002, il Cons.

Paolo BUONVINO e uditi altresì per le parti gli avvocati Lattanzi e Morcavallo;

visto il dispositivo n. 452 pubblicato il 12 novembre 2002;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

F A T T O

1) – Con la sentenza appellata il Tar ha accolto il ricorso proposto dall'Associazione temporanea di professionisti Principato e altri per l'annullamento dell'aggiudicazione all'A.T.P. Cozzupoli e altri di una gara relativa alla progettazione preliminare per l'esecuzione di lavori di sistemazione di una frana.

I primi giudici hanno accolto, anzitutto, la censura di illegittimità della nomina, da parte del Comune, di un "*commissario ad acta*" perché desse esecuzione ad una decisione cautelare resa *inter partes* da questa Sezione (ordinanza 28 gennaio 2000, n. 370, relativa al ricorso di primo grado n. 1696/99, resa in riforma dell'ordinanza del TAR n. 833/99); tale commissario è stato scelto al di fuori dell'Amministrazione e investito di apposito incarico professionale volto a porre in essere gli adempimenti necessari a dare esecuzione alla suddetta ordinanza.

Per il TAR il Comune non poteva ricorrere ad una nomina siffatta per provvedere ad una singola procedura, tale operato essendo in contrasto con il disposto di cui all'art. 51 della legge n. 142/1990.

Inoltre, sempre secondo i primi giudici, tra i provvedimenti sospesi dalla pronuncia cautelare del Consiglio di Stato vi erano anche i verbali della Commissione di ammissione alla gara dell'A.T.P. Cozzupoli e altri, onde l'esecuzione dell'ordinanza di sospensiva, pur nel difetto di indicazioni motivazionali specifiche, non poteva che passare attraverso la rinnovazione di tutti gli atti di gara sospesi e quindi, in definitiva, avuto riguardo all'ampio *petitum* della lite, per la rinnovazione dell'intera gara d'appalto.

2) – Per il Comune appellante la sentenza sarebbe erronea in quanto Statuto e Regolamento Comunale, in conformità con l'art. 51 della legge n. 142/1990, ammetterebbero il conferimento di incarichi quale quello di cui si discute.

Neppure sarebbe censurabile, poi, al contrario di quanto ritenuto dai primi giudici, il fatto che, anziché procedere al rinnovo della gara, il professionista nominato abbia proceduto a riesaminare gli atti della gara stessa per valutarne la correttezza e, sulla base di essi, ritenuti pienamente regolari, abbia rinnovato l'aggiudicazione a favore dell'A.T.P. Cozzupoli.

Resiste l'A.T.P. Principato che, nel proprio controricorso, insiste per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza appellata.

DIRITTO

1) – L'appello è infondato.

La Sezione ha, a suo tempo, con ordinanza n. 370/2000, riformato l'ordinanza del TAR n. 833/99, che aveva rigettato la sospensiva richiesta dall'A.T.P. Principato e altri nel ricorso n. 1696/99 proposto per l'annullamento della deliberazione della G.M. del Comune di Lungro n. 176/99, con la quale veniva deliberata, in via definitiva, l'aggiudicazione in favore dell'A.T.P. Cozzupoli e altri, coordinata dal Prof. Mandaglio, dell'incarico tecnico-professionale per la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva relativa a lavori di sistemazione della frana in località S. Leonardo; con quel ricorso era chiesto anche l'annullamento, previa sospensione, dei verbali di gara, della graduatoria provvisoria e di quella definitiva, della delibera di approvazione dei lavori della commissione e di ogni altro presupposto; nell'occasione non è stato precisato quale/i degli atti impugnati in primo grado fosse/ro da ritenere illegittimo/i e i motivi di tale illegittimità.

Per dare esecuzione all'ordinanza n. 370/00 anzidetta, il Comune ha nominato un "*commissario ad acta*"; tale commissario è stato scelto al di fuori dell'Amministrazione e investito di apposito incarico professionale volto a "porre in essere gli adempimenti necessari a dare esecuzione alla suddetta ordinanza, attesa l'indisponibilità nell'organico dell'Ente di personale dotato delle competenze tecniche necessarie ed in posizione di compatibilità con lo svolgimento dello specifico incarico ed accertata, inoltre, la mancanza di funzionari di altri enti locali limitrofi, a tal fine resisi

disponibili”.

2) – L’operato dall’Amministrazione appare, anzitutto, censurabile in relazione al secondo dei profili del ricorso di primo grado, accolto dal TAR.

In presenza, invero, di un’ordinanza cautelare che, sia pure senza indicare i motivi ritenuti fondati, ha sospeso, indistintamente, gli atti impugnati, non poteva l’Amministrazione, sostituendosi, di fatto, al giudice amministrativo, stabilire, a mezzo del c.d. commissario *ad acta* (che, nel caso in esame, in quanto direttamente nominato dall’Amministrazione, costituisce, in effetti, solo organo straordinario di amministrazione attiva e non certo *longa manus* del giudice amministrativo in sede di ottemperanza), quale delle numerose censure di quel ricorso fosse fondata e quale atto impugnato fosse in concreto da rimuovere (e, in astratto, più d’una poteva essere la censura da accogliere e più d’uno gli atti da rimuovere), così da impostare legittimamente su tale base i successivi comportamenti amministrativi.

L’illegittimità risiede, invero, nell’aver, l’Amministrazione operato spontaneamente e senza attenersi al *decisum* del giudice amministrativo in sede cautelare; in presenza di un’ordinanza di accoglimento e correlativa sospensione dell’efficacia degli atti impugnati in primo grado, non poteva, infatti, il Comune operare un’autonoma valutazione circa la fondatezza o meno di tutte le censure svolte in sede di impugnazione dell’originaria aggiudicazione e pervenire al convincimento che il Consiglio di Stato avesse ritenuto

fondata solo una censura di carattere formale (connessa al fatto che un dirigente chiamato a esperire la gara non ne avrebbe poi potuto approvare i lavori) e non le numerose altre.

A parte che la Sezione, in più di un'occasione, ha, invece, affermato che la competenza in materia è del solo dirigente (cfr., tra le altre, 12 aprile 2001, n. 2293; 26 gennaio 1999, n. 64; 6 maggio 2002, n. 2408), resta il fatto che quel ricorso era affidato a numerose censure destinate, anzitutto, a conseguire l'esclusione dalla gara, per più motivi, tra loro autonomi, dell'associazione poi risultata aggiudicataria; veniva, in subordine, contestata, oltre alla questione relativa alla posizione del dirigente nella procedura concorsuale, anche la correttezza dell'attribuzione concreta dei punteggi e, inoltre, ci si doleva del fatto che, nell'eseguire i necessari apprezzamenti, la Commissione avrebbe, di fatto, introdotto anche, inammissibilmente, criteri valutativi nuovi; in ulteriore subordine, erano svolte anche altre censure relative alla composizione della commissione valutatrice che, se accolte, avrebbero condotto alla caducazione di parte o di tutte le operazioni di gara; il vizio denunciato in primo grado e relativo alla posizione del dirigente nella procedura si poneva, quindi, come uno solo dei numerosi motivi di gravame e non appariva certamente, atteso il tenore letterale dell'ordinanza n. 370/00, come l'unico posto dalla Sezione a supporto della propria decisione cautelare di accoglimento.

Da qui l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione, che avrebbe dovuto soprassedere alla procedura in attesa dell'esito del

giudizio che, in quanto incardinato ai sensi dell'art. 23**bis** della legge n. 205/2000, avrebbe dovuto risolversi – in presenza dell'accordata sospensione degli atti di gara – in una pronta fissazione del merito e in una rapida definizione del giudizio di primo grado.

In quest'ottica, se pure i nuovi apprezzamenti fossero stati demandati ad un altro dirigente della stessa Amministrazione, la situazione antigiuridica non sarebbe venuta meno in quanto il medesimo non avrebbe potuto, comunque, legittimamente sostituire i propri apprezzamenti a quelli demandati al giudice amministrativo e, di fatto, restituendo, di propria iniziativa, efficacia ad atti e provvedimenti amministrativi paralizzati in sede di giudizio cautelare d'appello.

3) – Per completezza e fermo, comunque, quanto appena precisato, la Sezione ritiene, peraltro, utile esaminare anche il motivo di appello che si appunta avverso il capo della sentenza di primo grado che dichiara illegittima la nomina del predetto commissario “*ad acta*” per contrasto con l'art. 51 della legge n. 142/1990, in quanto non poteva il Comune fare ricorso ad una nomina siffatta ai fini dell'espletamento di una singola procedura.

Ritiene il Collegio che, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, correttamente il TAR abbia ritenuto illegittimo, anche sul punto, l'operato dell'Amministrazione.

Ai sensi dell'art. 51, comma 5, della legge n. 142/1990 (come successivamente modificato dall'art. 6 della legge 15 maggio 1997, n. 127, nel testo modificato dall'art. 2, L. 16 giugno 1998, n. 191), “lo

statuto può prevedere che la copertura dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, possa avvenire mediante contratto a tempo determinato di diritto pubblico o, eccezionalmente e con deliberazione motivata, di diritto privato, fermi restando i requisiti richiesti dalla qualifica da ricoprire”.

Ai sensi del successivo comma *5-bis*, inoltre, “il regolamento sull’ordinamento degli uffici e dei servizi, negli enti in cui è prevista la dirigenza, stabilisce i limiti, i criteri e le modalità con cui possono essere stipulati, al di fuori della dotazione organica, contratti a tempo determinato per i dirigenti e le alte specializzazioni, fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire.”.

Il comma 7 dell’art. 51 prevede, poi, che, “per obiettivi determinati e con convenzioni a termine, il regolamento può prevedere collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità....”.

L’art. 26 del Regolamento comunale prevede, a sua volta, che è possibile il ricorso a collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità per il conseguimento di specifici obiettivi predeterminati.

Si tratta, peraltro, di forme di collaborazione esterna ad alta specializzazione, mirate al conseguimento di obiettivi particolarmente qualificati (ad es., sotto il profilo progettuale, organizzativo etc.), tra le quali non può essere fatto rientrare il conferimento di taluni delimitati ed episodici compiti riconducibili all’ordinaria sfera di competenza del

dirigente; ch , altrimenti, avvalendosi di tale disciplina, le competenze dirigenziali potrebbero essere, di volta in volta e a seconda delle contingenze, parcellizzate e destrutturate in modo tale di snaturare, di fatto, la funzione stessa della disciplina in questione, che mira a valorizzare le responsabilit  dirigenziali sotto un profilo manageriale, tendenzialmente unitario, e non a frammentarle.

N  pu  essere utilmente invocato l'art. 74 dello Statuto comunale secondo cui la G.M., nel caso di vacanza di posto o per altri gravi motivi, pu  assegnare la titolarit  di uffici e servizi a personale assunto con contratto a tempo determinato o incaricato con contratto di lavoro.

Qui, infatti, non si tratta di vacanza di posto, n  di assegnazione di titolarit  di uffici o servizi per gravi motivi, dal momento che il posto non era vacante e che il conferimento di un incarico per lo svolgimento di taluni limitati compiti di normale spettanza dirigenziale non pu  essere rivisto alla stregua dell'assegnazione della titolarit  di uffici o servizi, che pu  essere operata, per le ragioni gi  dette, solo nella sua unitariet  e completezza funzionale.

Correttamente, quindi, i primi giudici hanno ritenuto illegittima, anche per i motivi ora detti, la nomina del commissario *ad acta* di cui si tratta.

4) – Per tali motivi l'appello in epigrafe appare infondato e, per l'effetto deve essere respinto.

Le spese del grado possono essere integralmente compensate tra le parti.

PQM

il Consiglio di Stato, Sezione quinta, respinge l'appello in epigrafe.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma il 12 novembre 2002 dal Collegio costituito dai Sigg.ri:

ALFONSO QUARANTA	- Presidente
PAOLO BUONVINO	- Consigliere est.
GOFFREDO ZACCARDI	- Consigliere
FRANCESCO D'OTTAV	- Consigliere
CLAUDIO MARCHITIELLO	- Consigliere

L'ESTENSORE

f.to Paolo Buonvino

IL PRESIDENTE

f.to Alfonso Quaranta

IL SEGRETARIO

f.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 5 Marzo 2003

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

IL DIRIGENTE

f.to Dott. Antonio Natale