



COMUNE DELL'AQUILA

LA GIUNTA

Premesso

Che ai fini della ristrutturazione del sistema di trasporto pubblico locale mediante l'implementazione di una tranvia elettrica su gomma, il Settore Opere Pubbliche su impulso del competente assessore alla mobilità ing. Sergio De Paulis ha provveduto nell'anno 2000 alla redazione di un progetto definitivo per la realizzazione di una linea tranviaria da Coppito (zona Ospedale S. Salvatore) al centro storico della città (Piazza Palazzo), dell'importo complessivo di 65 miliardi di lire;

Che la Giunta Comunale con deliberazione n.7 del 5.01.2001 ha approvato il suddetto progetto definitivo ai fini dell'inoltro al competente Ministero dei Trasporti e Navigazione per la richiesta di finanziamento ai sensi della L.211/1992 e del D.M. 16.06.2000;

Che la stessa approvazione è stata successivamente ribadita e ratificata dal Consiglio Comunale con deliberazione n.15 del 6.03.2001;

Che il citato Ministero con delibera CIPE del 3.05.2001 pubblicata sulla G.U. n.182 del 7.08.2001 ha concesso un contributo pubblico di 39 miliardi di lire, pari al 60% dell'importo complessivo dell'intervento;

Che non avendo l'Amministrazione Comunale la possibilità di indebitarsi per la restante somma di 26 miliardi di lire, pari al 40% dell'importo complessivo dell'intervento, con deliberazione di Consiglio Comunale n.50 del 20.03.2001, di approvazione del Bilancio di Previsione 2001/03, tale intervento è stato inserito nel Programma Triennale delle Opere Pubbliche, allegato a detto Bilancio, tra quelli suscettibili di finanziamento da parte di privati ai sensi dell'art.37 bis della L.109/94 nel testo vigente (project financing);

Che il Raggruppamento Temporaneo di Imprese costituito da Costruzioni Iannini, A.M.A. s.p.a., Lohr Industrie e T&T Tardito Impianti s.p.a., con istanza vista arrivare in segreteria generale il 30 giugno 2001 propose, ai sensi dell'art.37 bis e seguenti della Legge 109/94, la realizzazione in concessione della tramvia per il trasporto pubblico di massa della città di L'Aquila ;



COMUNE DELL'AQUILA

Che ai sensi dell'art.37 bis della L.109/94 la proposta di cui sopra si componeva tra l'altro di un progetto preliminare, di uno schema di convenzione regolante i rapporti tra amministrazione concedente e concessionario e di un piano economico finanziario;

Che ai sensi dell'art.37 ter della L.109/94, l'Amministrazione Comunale ha proceduto alla verifica della fattibilità della proposta sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione;

Che a tale scopo il Dirigente del Settore OO.PP. con propria disposizione prot. n.6355 OO.PP. 16.07.2001 ha provveduto a nominare apposita commissione di valutazione composta da: dirigente del Settore Opere Pubbliche ing. Vittorio Fabrizi (presidente), dirigente del Settore Territorio ing. Renato Amorosi, dirigente del Settore Economico Finanziario dott. Quirino Cervellini, funzionario ing. Mario Di Gregorio e sig.ra Marialaura Ramicone (segretario), ognuno per le proprie specifiche competenze;

Che la suddetta Commissione, a conclusione dell'esame istruttorio della proposta in data 16.01.2002, ha rimesso una relazione conclusiva - a firma congiunta - (allegata alla presente quale parte integrante e sostanziale) all'Amministrazione Comunale affinché, esaminate le conclusioni ivi contenute si esprimesse sulla fattibilità e sul pubblico interesse della proposta;

Che la Giunta Comunale, preso atto di quanto segnalato nella relazione istruttorio redatta dalla Commissione di valutazione, con deliberazione n.49 del 29.01.2002 ha dichiarato l'intervento fattibile e di pubblico interesse;

Che conseguentemente, con successiva deliberazione della Giunta Comunale n.212 del 26.03.02, è stato approvato lo schema di bando pubblico ed indetta la procedura di gara ai sensi dell'art.37- quater della L.109/94, per l'individuazione di proposte alternative da porre in concorrenza con quella del promotore;

Che il bando è stato pubblicato a norma di legge su: GUCE del 25.04.2002 suppl. n.81-63094/2002; GURI del 24.04.2002; Albo Pretorio comunale dal 22.04.2002 per 60gg; Sito Internet



COMUNE DELL'AQUILA

www.comuni.it dal 24.04.2002 per 60gg; quotidiani (per estratto) "Il Messaggero" del 21.04.2002 e "Il Tempo" del 24.04.2002;

Che a seguito della pubblicazione sono pervenute richieste di invito alla gara da parte dei seguenti soggetti:

1. Irisbus Italia s.p.a.(mandataria) e Ciet s.p.a. (mandante);
2. Consorzio Cooperative Costruzioni (mandataria) e Bonciani s.r.l. (mandante);
3. Consorzio Italwork;

Che fra le 3 richieste pervenute, solo le prime 2 sono state ritenute ammissibili, in quanto complete in ogni parte e conformi alle prescrizioni del bando stesso;

Che con lettere A.R. rispettivamente prot.29159 e prot.29157 del 6.08.2002, le seguenti ditte ammesse:

1. Irisbus Italia s.p.a.(mandataria) e Ciet s.p.a. (mandante)
2. Consorzio Cooperative Costruzioni (mandataria) e Bonciani s.r.l. (mandante)

sono state invitate a partecipare alla gara presentando apposita offerta tecnico-economica;

Che nel termine ultimo previsto per la presentazione delle offerte tecnico-economiche del 30.09.2002 non è pervenuta alcuna offerta e in conseguenza la Giunta Comunale, con deliberazione n.798 del 27.11.2002, preso atto dell'esito di gara, ha approvato la proposta del promotore Raggruppamento Temporaneo di Imprese: Consorzio Gestione Reti Tramviarie - C.G.R.T., comprensiva dello schema di convenzione, quest'ultimo modificato dalla Giunta comunale con deliberazione n.804 del 2.12.2002, data della sottoscrizione della convenzione.

Considerato

Che successivamente alla procedura di gara, la Commissione delle Comunità Europee ha avviato, ai sensi dell'art. 226 TCE, nei confronti della Repubblica italiana, una procedura di infrazione, con lettera di messa in mora al Governo in data 18 ottobre 2005, cui è seguito un parere motivato in data 4 luglio 2006, in ordine alla qualificazione giuridica del rapporto costituito tra il Comune e il C.G.R.T., per effetto della predetta convenzione, da considerare un appalto di lavori, anziché una concessione di lavori, non essendo caratterizzato detto rapporto da rischio di impresa connesso alla gestione delle opere;



COMUNE DELL'AQUILA

Nello stesso parere veniva inoltre eccettuata l'approvazione di una modifica dei requisiti per l'aggiudicazione rispetto a quelli, diversi, previsti nel bando di gara già svolta;

Che l'Amministrazione comunale, con deliberazione di Giunta n.506 del 10.11.2006, provvedeva ad apportare alla convenzione alcune modifiche, con atto aggiuntivo alla convenzione medesima, per adeguarsi alle indicazioni della Commissione delle Comunità Europee, trasmettendo i relativi atti al competente Dipartimento per le Politiche Comunitarie con nota prot. n° 46731 dell'11/11/2006;

Che la Commissione CEE ha ciò nondimeno presentato ricorso alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, con atto in data 12 settembre - causa C-437/07 - del quale si allega copia;

Che, per quanto attiene lo stato dei lavori e i rapporti con la concessionaria, si evidenzia che:

- in data 5.04.2007 il Settore Opere Pubbliche ha relazionato alle autorità comunali competenti circa l'esito del lavoro disposto dalla Giunta Comunale con deliberazione n.506/2006, in particolare è stato evidenziato come: "allo stato dei fatti, essendo dunque ancora remota la possibilità di una condivisione tra concessionario e concedente dei termini di revisione della convenzione e della quantificazione e ripartizione dei maggiori costi per l'ultimazione dell'opera, ed essendo ancora in discussione la possibilità di tornare ad operare su Via Roma in tempi coerenti con gli impegni contrattuali assunti dal Comune nei confronti di C.G.R.T. s.r.l., si ritiene opportuno valutare la possibilità di procedere alla immediata rescissione del contratto per eccessiva onerosità, così come suggerito dal dirigente del Settore Economico Finanziario con prot.44434 del 2.11.2006";
- su impulso del promotore, che ha redatto il progetto in stralci funzionali, la Giunta Comunale con deliberazione n° 628/2003 ha preso atto che, per ragioni di ordine operativo, la realizzazione dell'intervento è suddivisa nelle seguenti n° 3 fasi successive: 1) linea tranviaria da Coppito all'innesto di Via Roma (in corrispondenza di Via Castiglione); 2) linea tranviaria dal Via Roma (in corrispondenza di Via Castiglione) al capolinea in Corso Umberto I; 3) edificio deposito-officina-uffici e sottostazione elettrica;
- l'attuazione dell'opera pubblica oggetto di concessione ha incontrato ed incontra gravi ostacoli a causa dei molteplici rilievi sollevati dal Ministero dei Beni Culturali ben oltre - circa 16 mesi - l'epoca della conferenza dei servizi indetta nel gennaio 2003 per l'acquisizione di pareri e nulla osta - per i quali è già insorto un cospicuo corpo contenzioso



COMUNE DELL'AQUILA

ed in relazione ai quali, con ordinanza cautelare n. 6614 del 14/12/2007, il Consiglio di Stato ha disposto la sospensione del provvedimento di messa in pristino delle parti di via Roma interessate dalla messa in opera dei sottoservizi, ferma restando la efficacia dell'ordine ministeriale di sospensione dei lavori. Nello specifico, il Consiglio di Stato, con la sentenza n° 5939 / 2008 , allegata alla presente deliberazione, ha accolto l'appello del Ministero dei Beni Ambientali e Culturali rilevando che ancor oggi non sia avvenuta la definitiva approvazione dell'opera pubblica da parte di tutti i soggetti competenti, con riferimento agli aspetti di tutela storico-artistica;

- inoltre, pur in assenza di misure di sospensione dei lavori, la concessionaria ha interrotto la costruzione del manufatto destinato al ricovero dei treni, come pure ha interrotto i lavori per la realizzazione o il completamento dei tratti di linea non interessati dall' ordinanza cautelare suddetta;
- sono risultati inutili e disattesi gli ordini di ripresa dei lavori, comunicati alla concessionaria con atti prot. n° 17873 del 30/4/2007, prot. n° 31792 del 6/8/2007, prot. n° 34320 del 27/8/2007, prot. n° 36803 del 12/9/2007 e prot. n° 37816 del 21/9/2007 ;
- i lavori per la realizzazione dell'opera pubblica non sono ancora stati ultimati, come riportato nella relazione tecnica allegata;

Che la situazione sopra riassunta ha indotto l'Amministrazione Comunale a costituire un gruppo di lavoro per la complessiva disamina della situazione, la cui gravità è ormai conclamata e rischia di porre in pericolo la stessa stabilità finanziaria dell' Ente, posto che, da un lato, si rischia ormai la revoca del finanziamento statale destinato a coprire per il 60% i costi preventivati dell' opera pubblica, d' altro canto la Concessionaria ha già introdotto una lite in foro civile per conseguire il pagamento di € 3.700.000 a titolo di risarcimento dei danni; per di più, e non da ultimo, l' opera oggetto di concessione è ancora assai lontana dal suo completamento ed il concessionario non ha a tutt'oggi acquistato neppure uno dei sette treni previsti;

Che il gruppo di lavoro costituito dal Sig. Sindaco nelle persone del Segretario Generale Dr. Lovili, dell' Ing. Amorosi, dell' Avv. de Nardis e dell' Ing. De Carolis, con documento riassuntivo del 5 dicembre 2007 – documento che, con gli allegati relativi, costituisce parte integrante del presente provvedimento – ha rilevato gravi vizi nell'atto di concessione, tali da inficiarne la validità,



COMUNE DELL'AQUILA

richiedendo al contempo, come attività necessaria in funzione della gravità della questione e della complessità della vicenda, l'assunzione di un parere pro veritate da un giurista peculiarmente esperto nella materia dei lavori pubblici e della normativa europea;

Che il Responsabile Unico del Procedimento, Ing. De Carolis, con nota prot. gen. n. 14867 del 9.4.2008 ha dato avviso alla C.G.R.T. s.r.l., ai sensi e per gli effetti di cui all' art. 10 bis della l. 241/90, dell' avvio di un procedura di riesame dell' iter e degli atti presupposti al rapporto di concessione;

Che la C.G.R.T. s.r.l. ha depositato il 28.4.2008, nel termine assegnatole, proprie osservazioni e controdeduzioni;

Che, per il prosieguo del riesame suddetto ed in esecuzione della deliberazione di Giunta Comunale n.154/2008, conseguentemente assunta avendo quell'organo condiviso la necessità di raccogliere un parere pro veritate, il Sig. Sindaco ha officiato della resa del parere il Prof. Avv. Vincenzo Cerulli Irelli, il quale, con scritto assunto al prot. gen. n. 25707 del 24/6/2008, ha condiviso, ampliato ed approfondito le ragioni di illegittimità sollevate dal gruppo di lavoro sopra indicato e prospettato la possibile soluzione amministrativa;

Preso atto

Che l'esito dell'attività del suddetto gruppo di lavoro e il parere del Prof. Avv. Vincenzo Cerulli Irelli, evidenziano la sussistenza delle condizioni per l'annullamento d'ufficio degli atti del Comune che approvano la convenzione, ai sensi dell'art. 21 nonies della L. 241/90 e s.m.i., sia perché il procedimento seguito dall'Amministrazione comunale è palesemente illegittimo, per contrasto con la normativa comunitaria, sia perché vi sono le previste ragioni di interesse pubblico per annullare la procedura. Il parere evidenzia altresì che non sussiste nel caso di specie il limite temporale di tre anni per l'annullamento, previsto dall'art. 1, comma 136 della L. 311/04 (Finanziaria 2005);



COMUNE DELL'AQUILA

Che la Corte di Giustizia, con sentenza in data 13 novembre 2008, ha statuito che "avendo il Comune di L'Aquila attribuito un appalto pubblico di lavori avente ad oggetto la progettazione e la realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico di massa in tale città attraverso una procedura diversa da quelle previste per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva", condannando la Repubblica italiana alle spese di giudizio;

Che secondo quanto ravvisato dalla Corte di Giustizia Europea, nonché con richiamo alla suddetta relazione in data 5/12/2007, il Comune ha inteso aggiudicare con il meccanismo del project financing una concessione di lavori pubblici che, stante le modalità di gestione del servizio di trasporto contenute nella convenzione risulta in realtà configurabile come un appalto di lavori;

Che la Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'Unione Europea, con note prot.13444 del 2 dicembre 2008, e prot.13916 del 16 dicembre 2008, ha notificato anche al Comune di L'Aquila che entro il 13 gennaio 2009, devono essere comunicati alla Commissione Europea - Direzione Generale Mercato Interno e Servizi - i provvedimenti adottati o che si intendono adottare in esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia Europea sopra citata, preavvertendo che in caso di mancata esecuzione della sentenza stessa, verrà proposto l'avvio di procedura ex art. 228 del Trattato della Comunità Europea ;

Ritenuto

Che i provvedimenti dei quali si chiede la comunicazione sono di competenza del Comune, nei cui confronti, ai sensi della legge finanziaria del 2007 (L. 27.12.2006, n. 296, art. 1 comma 1213 e 1216), lo Stato ha diritto di rivalersi degli oneri finanziari conseguenti alla violazione degli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria, allo stesso Comune imputabile;

Che nella specie, oltre ad i vizi di legittimità per violazione delle disposizioni comunitarie definitivamente accertati dalla citata sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee,



COMUNE DELL'AQUILA

sussistono le ragioni di interesse pubblico previste dall'art. 21-nonies L. 241/90 e s.m.i. per disporre l'annullamento d'ufficio delle delibere sopra richiamate in considerazione:

- a) del difficoltoso andamento del rapporto con la concessionaria e del ritardo nell'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera pubblica, comportante maggiori oneri per l'Amministrazione;
 - b) dell'impossibilità di concreta realizzazione del progetto presentato dal promotore oggetto della convenzione a causa dei pareri negativi espressi dal Comitato Tecnico Scientifico per i Beni Architettonici e Paesaggistici del Ministero per Beni e le Attività Culturali - da ultimo nella seduta del 16 ottobre 2008, nonché dalla ASL, in ordine ad alcune parti del tracciato della linea tranviaria, così come sancito dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5939 del 2008 ;
 - c) della volontà della concessionaria di non proseguire i lavori;
 - d) del mancato pagamento della fornitura di treni da parte della concessionaria;
- circostanze tutte che sono messe in luce nella citata relazione allegata al presente atto per formarne parte integrante;

In conclusione,

- considerati i predetti fatti ;
- e tenendo conto, come doveroso, della citata sentenza della Corte di Giustizia del 13 novembre 2008 che ha accertato illegittimità comunitaria delle deliberazioni di Giunta comunale n. 798/2002 e 804/2002 che approvano la convenzione relativa alla concessione di costruzione e gestione della rete tramvia su gomma di L'Aquila, nella parte in cui applica al rapporto in essere il regime giuridico previsto per le concessioni e non per gli appalti di lavori;
- considerato che la sola presenza di questo vizio, in quanto attinente ad illegittimità comunitaria, può comportare in via automatica la conseguenza dell'annullamento degli atti che ne sono affetti, anche in assenza di specifiche ragioni di interesse pubblico (in questi termini si esprime la giurisprudenza del giudice amministrativo: Consiglio di Stato, 5 giugno 1998, n. 918 e ordinanza n. 549/2007) e che l'affidamento del privato in caso di illegittimità comunitaria del provvedimento adottato dall'amministrazione è recessivo rispetto



COMUNE DELL'AQUILA

all'interesse pubblico all'annullamento del provvedimento illegittimo (TAR Sardegna, I, 27 marzo 2007, n. 549);

- che comunque, nella specie, sussistono le ragioni di interesse pubblico ai sensi dell'art. 21 nonies della L. 241/90 e s.m.i., nei termini sopra indicati, anche con riferimento al termine ragionevole cui fa riferimento la medesima norma per procedere all'annullamento;
- tenuto conto che, ai sensi della citata legge finanziaria del 2007 - L. 27/12/2006 n. 296 art. 1 comma 1213 e 1216 - sono poste a carico del Comune le conseguenze dell'accertato inadempimento dello Stato alla normativa comunitaria;

Viste le osservazioni e controdeduzioni prodotte dalla C.G.R.T. s.r.l. a fronte del citato avviso del R.U.P. che non consentono di superare né i rilievi di legittimità delle delibere in oggetto come accertato in maniera insuperabile dalla Corte di Giustizia, nella menzionata sentenza, né le ragioni di interesse pubblico che rendono necessario al Comune di L'Aquila di provvedere in autotutela in ordine alla rimozione del rapporto concessorio in oggetto al fine di consentire la sollecita realizzazione della tramvia;

Considerato

Che con l'annullamento della concessione di costruzione e gestione della linea tranviaria su gomma della città di L'Aquila conferita alla C.G.R.T. s.r.l., l'Amministrazione comunale potrebbe, qualora si verificassero i presupposti, essere costretta a fronteggiare gli oneri derivanti dai lavori, forniture e servizi effettivamente eseguiti C.G.R.T. s.r.l., e finanziati con la quota del 40% a carico della C.G.R.T. s.r.l. stessa, nonché dalle riserve ove riconosciute e definitivamente quantificate;

Che per quanto sopra esposto si ritiene necessario provvedere all'accantonamento prudenziale - già dal bilancio 2009 - di una congrua somma in termini di spesa corrente, compatibile con la manovra di bilancio - fermo restando l'integrale accantonamento dei futuri avanzi di amministrazione per debiti fuori bilancio. Inoltre sarà adottata una politica di contenimento dell'indebitamento, per l'eventuale indennizzo dei lavori e forniture eseguiti con la quota a carico C.G.R.T. s.r.l., a salvaguardia degli equilibri del bilancio comunale;

Che inoltre, in virtù della delibera di Giunta Comunale n° 216 del 17/4/2003, il mancato completamento dell'opera potrebbe comportare la restituzione al Ministero dei Trasporti del contributo concesso ai sensi della Legge n° 211/1992 di € 20.141.819,06 pari al 60% dell'importo



COMUNE DELL'AQUILA

totale del progetto a base della concessione, e che risulta attualmente erogato per l'importo di € 13.628.168,05 ;

Visti i seguenti pareri espressi sulla proposta di deliberazione ai sensi dell'articolo 49, comma 1 d.lgs. 267/2000 (TUPL)

Parere di regolarità tecnica espresso in data 07.01.2009: favorevole

Parere di regolarità contabile espresso in data 07.01.2009: Visto l'art. 36 comma 2 del vigente regolamento di contabilità esprime parere favorevole circa l'accantonamento di congrua somma in termini di spesa corrente, l'integrale accantonamento dei futuri avanzi di amministrazione nonché del contenimento dell'indebitamento, per le eventuali implicazioni di carattere economico che la presente proposta potrebbe comportare.

Con voto unanime

DELIBERA

1. di disporre l'annullamento della concessione di costruzione e gestione della rete tranviaria su gomma di L'Aquila conferita alla C.G.R.T. s.r.l. con convenzione approvata con deliberazioni G.C. nn. 798/2002 e 804/2002 sottoscritta in data 2/12/2002, demandando al Dirigente del Settore Opere Pubbliche l'adozione degli atti consequenziali;
2. di rinviare a successivi atti la definizione delle eventuali pendenze sussistenti a carico del Comune per lavori, forniture e servizi, effettivamente eseguiti dalla C.G.R.T. s.r.l. ;
3. di proporre, per quanto esposto nella parte motiva, al Consiglio Comunale l'adozione di idonee misure nel Bilancio di Previsione 2009 e pluriennali;
4. di inviare la presente al Settore Opere Pubbliche, al Settore Avvocatura, alla Segreteria Generale, al Settore Economico e Finanziario per quanto di competenza.



COMUNE DELL'AQUILA

Successivamente

LA GIUNTA

Con voto unanime

DELIBERA

Di dichiarare la presente deliberazione immediatamente eseguibile ai sensi dell'articolo 134, comma 4, D.lgs. 267/2000 (TUEL).



COMUNE DELL'AQUILA

Del che è verbale

IL SEGRETARIO GENERALE
dott. Vincenzo Montillo

IL PRESIDENTE
on. Massimo Cialente

CERTIFICATO DI PUBBLICAZIONE

Su conforme attestazione del messo comunale, si certifica che la presente è stata pubblicata all'Albo Pretorio di questo Comune per 15 giorni consecutivi a partire dal

al
L'Aquila, li

IL MESSO COMUNALE

IL SEGRETARIO GENERALE

DIVENUTA ESECUTIVA

In data

(art. 134, comma 3, D.Lgs. 267/2000 TUEL)

L'Aquila, li

IL SEGRETARIO GENERALE

COLLAZIONATA: Il Responsabile

Solci

DE CAROLIS

Roma, 4 giugno 2008



Città dell'Aquila
Prot. n° 0025707 del 24/06/2008

ENTRATA

Preg.mo Sig.
dott. on. Massimo Cialente
Sindaco de L'Aquila
sede

e, alla c.a.,
dott. Giorgio Lovili (segretario comunale)
e ing. Fabrizio De Carolis (settore opere pubbliche)
Comune de L'Aquila
loro sedi

Concessione lavori realizzazione tramvia su gomma

Invio il testo del parere richiesto, come concordato con gli uffici.

Vorrei avere notizie circa eventuali nuovi contratti nell'ambito del procedimento avviato con nota in data 9.4.2008; nonché circa il procedimento davanti alla Corte di giustizia U.E. (avviato nei confronti della Repubblica Italiana), se si hanno notizia su di esso, da parte dell'Avvocatura dello Stato.

Quanto alle "controdeduzioni" del C.G.R.I. in data 28.4.2008, ad esse (per la parte attinente al merito del procedimento avviato, non certo per la parte in cui si inoltrano in una non richiesta, e non spettante, lezione di diritto comunitario!!) dovrà farsi un riferimento a sua volta controdeduttivo, nel provvedimento finale che andremo ad assumere.

Attendo comunicazioni.

Con viva cordialità

prof. avv. Vincenzo Cerulli Irelli

1.1. Un primo vizio di legittimità dell'affidamento attiene alla violazione della direttiva 93/37/CE e dei principi di trasparenza e non discriminazione nei procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici.

Il Comune ha affidato i lavori per la realizzazione della tramvia attraverso la procedura di *project financing*, finalizzata all'attribuzione di una concessione di lavori con gestione funzionale ed economica dell'opera da parte dell'affidatario. Tuttavia, come emerge dai rilievi della Commissione, la convenzione stipulata con il promotore dell'opera, non presenta le caratteristiche proprie di una concessione di lavori pubblici, ai sensi della direttiva 93/37/CE, ma è piuttosto assimilabile ad un appalto di lavori. Ciò in quanto il soggetto promotore non si assume il rischio economico legato alla gestione dell'opera in questione, che è il tratto caratterizzante ed idoneo a distinguere un appalto di lavori da una concessione.

Il raggruppamento promotore, in base alle disposizioni della convenzione, non gestisce il servizio di trasporto relativo alla tramvia successivamente alla realizzazione dei lavori. Detto servizio è invece affidato ad un soggetto terzo, il quale è tenuto a corrispondere al concessionario un corrispettivo fisso annuo, che copre interamente il rischio correlato al capitale investito dallo stesso concessionario per la realizzazione dell'opera. Trattandosi, come evidenzia la Commissione UE, di un corrispettivo che è versato al concessionario a prescindere dall'andamento economico del servizio, esso si configura al pari di una remunerazione propria di un contratto di appalto pubblico.

In altri termini, la convenzione stipulata dal Comune prevede che il rischio economico legato alla gestione del servizio è sopportato non dal concessionario (come dovrebbe se si trattasse di una concessione), il quale

invece gode di una entrata fissa e regolare che remunera completamente l'investimento effettuato, ma dal terzo gestore del servizio ed anche dal Comune. Risulta infatti che quest'ultimo, non essendo stato ancora individuato il gestore, si è impegnato alla corresponsione del canone previsto a favore del concessionario.

Il Comune ha dunque illegittimamente aggiudicato un appalto secondo le procedure previste per la l'affidamento di una concessione di lavori con il meccanismo del *project financing*. Ne consegue che l'affidamento dei lavori e della gestione del servizio è stata effettuata in evidente spregio delle disposizioni comunitarie dettate dalla Direttiva 93/37/CE in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, nonché di quelle interne di recepimento, e dei principi di non discriminazione e trasparenza che devono informare l'azione amministrativa nelle procedure in questione.

Non sono state infatti seguite le procedure previste da detta direttiva per l'aggiudicazione di un appalto di lavori e non è stata garantita la corretta informazione relativa alla gara, la quale aveva ad oggetto, in effetti, un appalto di lavori e non una concessione di lavori (la non corretta informazione e pubblicità della procedura di gara, viene evidenziata, in relazione ad altri elementi, anche dalla sentenza del tribunale penale di L'Aquila n. 379/07, che, in ragione delle omissioni riscontrate nel bando di gara, ha dichiarato colpevoli del reato di turbativa d'asta l'originario responsabile del procedimento e il dirigente del "Settore opere pubbliche" del Comune).

1.2. L'affidamento dell'opera in questione risulta inoltre essere viziato anche sotto altro profilo, parimenti evidenziato dalla Commissione europea:

Dagli atti risulta che il Comune ha modificato il progetto posto a base di gara successivamente alla pubblicazione del bando. In particolare, è stata

modificata la classificazione della categoria prevalente delle opere da realizzare. Ciò che ha determinato una palese violazione dei principi di non discriminazione in base alla nazionalità, di cui agli artt. 43 e 49 del TCE, e del principio di parità di trattamento tra gli offerenti, con conseguente violazione dell'obbligo di trasparenza imposto all'Amministrazione dalla normativa comunitaria e interna.

2. I vizi sopra rilevati sono particolarmente gravi ed inficiano *ab origine* l'affidamento disposto dall'Amministrazione comunale.

In sostanza, l'opera è stata affidata ad un soggetto che non è stato adeguatamente selezionato dall'Amministrazione mediante un confronto concorrenziale con gli altri operatori economici presenti sul mercato, ciò che avrebbe consentito alla stessa Amministrazione di individuare il migliore contraente e di avere maggiori garanzie di una corretta esecuzione dell'appalto. L'aggiudicazione della concessione è stata dunque disposta in aperta violazione dei principi posti a tutela della concorrenza ed a danno degli interessi della stessa Amministrazione.

A ciò si aggiunga che il Comune, stabilendo un vero e proprio corrispettivo per il soggetto affidatario, in realtà, si è fatta carico, con risorse pubbliche, della realizzazione dell'opera stessa, pur avendo indetto una procedura di *project financing* proprio per individuare un soggetto promotore in grado di realizzare l'intervento programmato finanziando la parte residua, e non coperta da interventi pubblici, con proprie risorse.

Secondo un certo orientamento dottrinale (G. Greco, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in Trattato di diritto amministrativo europeo, a cura di M. P. Chiti e G. Greco, Milano, 1997, pag.

555; e R. Caranta, *Inesistenza e nullità del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario*, in *Giur. It.*, III, 1, pag. 149), e qualche pronuncia giurisprudenziale (TAR Piemonte, sez. II, 8 marzo 1989, n. 34), le violazioni di disposizioni comunitarie determinerebbero la radicale nullità degli atti relativi all'affidamento medesimo.

Tuttavia, la giurisprudenza prevalente sostiene che dette violazioni implicino un vizio di illegittimità dell'atto interno (e non di nullità dello stesso) che comporta, alla stregua degli ordinari canoni di valutazione della patologia dell'atto amministrativo, l'annullabilità di quest'ultimo: che può conseguirsi attraverso l'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo ovvero attraverso l'esercizio degli ordinari poteri di autotutela (così Cons. Stato, VI, 20 maggio 2005 n. 2566 e IV, 21 febbraio 2005 n. 579, che ha ritenuto in contrasto con le norme comunitarie sulla libera circolazione e sulla non discriminazione dei lavoratori sul territorio dell'Unione, la previsione di un bando di concorso che limitava l'accesso alla procedura ai soli cittadini italiani).

La diversa forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) risulta configurabile, secondo la giurisprudenza, nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario (Cons. St., V, 10 gennaio 2004, n. 35). Tale ipotesi è fatta rientrare nei casi di nullità per difetto assoluto di attribuzione (perché la norma inefficace e disapplicabile è quella sulla quale si radica il potere esercitato), di cui all'art. 21-septies, l. n. 241/90 (tuttavia, in senso contrario, ritenendo che anche in questo caso l'atto sia annullabile e non

mullo, si è espresso da ultimo il TAR Lazio, III ter. con sentenza del 7 agosto 2007, n. 7722).

Secondo questo orientamento la nullità della concessione affidata potrebbe in ipotesi determinarsi nel caso in cui venissero dichiarate in contrasto con l'ordinamento comunitario le norme nazionali applicate dal Comune nel caso di specie, ossia gli artt. 37-ter e ss. della l. 109/94. Al riguardo è opportuno evidenziare che la Commissione europea ha presentato ricorso nei confronti della Repubblica Italiana, ai sensi dell'art. 226 TCE, proprio con riferimento a dette norme in materia di *project financing* (causa C-412/04).

Si potrebbe, in ipotesi, ravvisare una nullità dell'affidamento disposto, ai sensi dell'art. 21 *septies*, per carenza assoluta di potere in capo al Comune. L'Amministrazione comunale, infatti, ha attribuito una concessione al di fuori dei casi in cui la norma prevede il potere di rilasciare una concessione, ossia in difetto di attribuzione del presupposto potere. In altri termini, nel caso di specie non si ravviserebbe un semplice vizio del procedimento, inteso come scostamento del procedimento seguito in concreto rispetto al paradigma normativo, che dà luogo ad annullabilità dell'atto, ma una ipotesi di difetto assoluto di attribuzione (su questa linea si può citare TAR Molise, I, 29 agosto 2007, n. 656).

In base a tale tesi, gli atti adottati dall'Amministrazione sarebbero nulli e quindi non vi sarebbe necessità di un provvedimento di autotutela, ma solo dichiarativo dell'intervenuta nullità degli stessi.

Una siffatta ricostruzione è tuttavia fortemente incerta e opinabile, stante anche la giurisprudenza amministrativa in materia, che appare limitare sensibilmente le ipotesi di nullità degli atti amministrativi (cfr., da ultimo, Cons. Stato, VI, 13 giugno 2007, n. 3173).

3. A fronte delle illegittimità riscontrate, l'Amministrazione può dunque rimuovere l'atto viziato mediante un provvedimento di annullamento in autotutela, ai sensi dell'art. 21-*nonies* l. 241/90.

L'art. 21-*nonies* cit. stabilisce che il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio dall'organo che lo ha emanato "sussistendo le ragioni di interesse pubblico", "entro un termine ragionevole" e "tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati".

La norma recepisce i principi univocamente affermati dalla giurisprudenza amministrativa che si era preoccupata, in mancanza di una disciplina legislativa specifica dell'esercizio dell'autotutela, di definire i limiti, i presupposti e le condizioni di legittimità dell'annullamento d'ufficio (sul punto, Cons. Stato, IV, 14.2.2006, n. 564); chiarendo, in estrema sintesi, che quest'ultimo non può fondarsi sulla mera esigenza di ripristino della legalità, ma deve dare conto, nella motivazione, della sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione dell'atto (cfr. *ex multis* Cons. St., V, 1 marzo 2003, n. 1150; Ad. plen. 5 maggio 1990 n. 412); che l'esercizio dello *jus poenitendi* da parte dell'amministrazione incontra un limite nell'esigenza di salvaguardare le situazioni di soggetti privati che, confidando nella legittimità dell'atto rimosso hanno acquisito posizioni di vantaggio loro attribuite da questo (cfr. *ex multis* Cons. St., V, 24 settembre 2003, n. 5444 e Cons. Stato, IV, 22 ottobre 2004, n. 6956), e che il decorso di un lasso temporale di diversi anni dall'adozione dell'atto rimosso, senza che l'amministrazione abbia apprezzato l'esistenza di un interesse pubblico attuale alla sua eliminazione.

determina l'illegittimità dell'annullamento d'ufficio (cfr. *ex multis* Cons. St., V, 13 gennaio 2004, n. 53).

In sostanza, sia in base all'orientamento giurisprudenziale, sia in base alla disposizione di legge, che ha tradotto in diritto positivo tale orientamento, l'Amministrazione comunale è tenuta a ponderare non solo gli eventuali profili di illegittimità dell'atto che intende annullare, ma anche le concrete ragioni di interesse pubblico diverse dal mero ripristino della legalità, che inducono a porre nel nulla il provvedimento che, se pur illegittimo, ha prodotto i suoi effetti.

3.1. L'interesse pubblico all'annullamento non deve essere considerato in maniera isolata, ma deve essere rapportato agli altri interessi pubblici e privati coinvolti.

Nel caso di specie, assume particolare rilievo l'interesse dell'Amministrazione comunale ad evitare di incorrere in sanzioni per la violazione del diritto comunitario (sul punto, cfr. B.G. Matarrella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di Diritto Amministrativo*, Milano, 2003). La legge finanziaria del 2007 (l. 27.12.2006, n. 296), all'art. 1, comma 1213 stabilisce infatti che gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati "adottano ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni, loro imputabili, degli obblighi degli Stati nazionali derivanti dalla normativa comunitaria" e, al comma 1216, conseguentemente prevede che lo Stato ha diritto di rivalersi sui soggetti responsabili delle violazioni in questione, di detti oneri finanziari.

Dunque, un provvedimento di autoritela costituirebbe adempimento della norma sopra citata in quanto misura volta a porre "rimedio" alle violazioni degli obblighi comunitari imputabili al Comune, consentendo altresì

all'Amministrazione di evitare un esborso di danaro pubblico al fine di rifondere lo Stato italiano degli oneri derivanti dalla pronuncia di condanna della Corte di giustizia.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, si deve sottolineare che la giurisprudenza prevalente ha individuato varie ipotesi nelle quali l'interesse pubblico all'annullamento è *in re ipsa* e non richiede particolare motivazione, ivi comprendendo in particolare tutte le ipotesi in cui l'interesse sotteso all'attività di autorutela consiste nell'evitare l'esborso di danaro pubblico senza titolo (ad es. Cons. Stato, IV, n. 6956/04 cit.; V, 24 settembre 2003, n. 5444, 16 gennaio 2002, n. 213 e 9 febbraio 2001 n. 581).

In tali casi, l'interesse pubblico alla rimozione di detti atti deve essere considerato esistente "*in re ipsa*" e prevalente su quello contrario del beneficiario dell'atto, senza che occorra una specifica motivazione sul punto (TAR Piemonte, I, 18 dicembre 2006, n. 4655).

In particolare, con riferimento alle procedure di gara, la giurisprudenza sostiene che "l'obbligo di estermare le ragioni di interesse pubblico che sono a fondamento degli atti di autorutela trova in materia di annullamento di atti di aggiudicazione di gare pubbliche un limite nella doverosa considerazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, in modo che, quando si accerti la violazione di tali principi, l'interesse pubblico perseguito è oggettivamente riscontrabile nella reintegrazione attraverso l'atto di annullamento dell'aggiudicazione che abbia inciso i suddetti valori, del libero esplicarsi del confronto concorrenziale." (cfr. TAR Campania, Napoli, I, n. 17718/2004 ed ivi richiami a Cons. Stato, V, 22 giugno 2004, n. 4371).

Secondo la medesima giurisprudenza la stessa violazione delle norme che impongono la gara, specie se di natura comunitaria, comporta una drastica riduzione dei poteri discrezionali dell'Amministrazione, imponendo l'esercizio dei poteri di autotutela. I principi di diritto interno volti a disciplinare la potestà amministrativa di annullamento d'ufficio, nella parte in cui richiedono per la caducazione un presupposto ulteriore rispetto alla contrarietà dell'atto a norme comunitarie, dovrebbero soccombere nel confronto con l'altro principio del primato del diritto comunitario, da cui deriva l'obbligo per l'autorità amministrativa di porre rimedio alle violazioni in cui sia incorso.

La tesi secondo cui l'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario si presenta in termini sostanzialmente vincolati è stata accolta dal Consiglio di Stato con la sentenza 5 giugno 1998, n. 918. Tale pronuncia, pur ritenendo necessario accertare l'esistenza di un interesse pubblico, afferma, tuttavia, che *"in presenza di una illegittimità derivante dalla violazione di norme comunitarie, il concreto ed attuale interesse pubblico al ritiro dell'atto amministrativo è da considerare non solo in re ipsa, ma anche prevalente su altri interessi privati militanti a favore della conservazione dell'atto"*. In sostanza, l'interesse pubblico alla tutela della libera concorrenza è di tale pregnanza che, qualora sia necessario un autoannullamento per tutelarla, l'interesse pubblico concreto ed attuale è da considerarsi *in re ipsa*.

Da ultimo il Consiglio di Stato, in sede cautelare, con ordinanza n. 549/2007, ha confermato che *"l'incidenza dei principi comunitari su provvedimenti individuali e concreti, adottati in contrasto con detti principi, opera nel senso di rendere legittima la rimozione in sede di autotutela ... senza consentire, al contrario, la mera disapplicazione da parte della p.a."*

violazioni di norme comunitarie e che, tenendo conto del principio di proporzionalità, vadano valutati e contemperati tutti gli interessi in gioco, ivi compreso l'affidamento del privato destinatario dell'atto illegittimo (cfr. in dottrina, D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa* a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli 2006, 399 ss; e, in giurisprudenza, Corte giust., 26.2.1987, C-15/85 *Consorzio Cooperative d'Abruzzo*; 13.1.2004, C-453/00 *Kühne & Heutz*; 7.1.2004, C-201/02 *Wells*; 20.3.1997, C-24/95 *Land Rheinland-Pfalz*; 24.1.2002, C-500/99 *Conserve Italia*).

3.2. In ragione dei non univoci orientamenti in materia, sarebbe opportuno, al fine di porre al riparo da dubbi di legittimità il provvedimento di autotutela, che esso fosse supportato da specifiche ragioni di interesse pubblico, ulteriori rispetto all'antieconomicità dell'affidamento, al contrasto con le disposizioni comunitarie e all'intento di evitare un esborso di danaro per rimborsare lo Stato a seguito di condanna da parte della Corte di Giustizia.

Orbene, il fine che l'Amministrazione ha inteso perseguire con la procedura in questione è quello di realizzare l'opera pubblica, per migliorare il sistema del trasporto pubblico nella città.

Tuttavia, l'anomalo andamento del rapporto in essere con la concessionaria, la quale si rifiuta, da quasi un anno, di portare a termine i lavori, non consente al Comune di perseguire il suddetto obiettivo, ossia realizzare la tramvia.

La società concessionaria C.G.R.T., inoltre, chiede al Comune il riequilibrio economico della concessione a seguito dei ritardi maturati nella realizzazione dell'opera, con ciò gravando l'Amministrazione di ulteriori oneri economici, abnormi e non dovuti, visto che il rapporto in essere con la stessa

CGRT non è qualificabile, come sottolinea la Commissione europea, alla stregua di un rapporto di concessione, ma di un semplice appalto di lavori.

Di qui l'interesse pubblico alla rimozione del detto rapporto, che impedisce al Comune di poter portare a compimento l'obiettivo che si è posto, ossia la realizzazione dell'opera pubblica, oltre ad essere divenuto particolarmente gravoso sul piano economico per l'Amministrazione.

3.2.1. Più specificamente, per quanto riguarda l'andamento dei lavori e del rapporto con la concessionaria, il Comune, con nota del RUP del 24 novembre 2006, prot. 48588, sospendeva per tre mesi, dal 1.10.2006 al 30.1.2007, e successivamente fino al 30.4.2007, i lavori di realizzazione dell'opera, in accordi con la stessa concessionaria (si v. nota della C.G.R.T. del 16/11/2006 prot. n. 1134).

La sospensione veniva disposta al fine di pervenire ad un accordo con la concessionaria sulla revisione della convenzione, dalla stessa richiesta per i ritardi maturati nella realizzazione dell'opera, e per individuare le misure di cautela da adottare per l'esecuzione dei lavori su via Roma. Dette misure erano state richieste dal Consiglio di Stato, con ordinanza n. 3156/06, pronunciata sull'appello proposto dal Ministero avverso l'ordinanza del TAR che aveva sospeso il provvedimento con il quale il Ministero aveva diffidato il Comune dal proseguire i lavori di scavo su via Roma, in relazione all'adeguamento dei cosiddetti sottoservizi (linee del gas metano e della fognatura).

Successivamente, tuttavia, il Comune, considerato anche che non era stato possibile raggiungere una intesa con la concessionaria in merito ai termini di revisione della convenzione, nonostante i diversi incontri svoltisi tra le parti (in data 4.12.06, 18.12.06, 8.1.07, 19.1.07, 26.1.07, 1.2.07 e 7.2.07), invitava la stessa, con ordine di servizio del 30 aprile 2007, prot. n. 17873, più volte

reiterato, alla ripresa dei lavori di realizzazione della tramvia, con esclusione della tratta su via Roma.

In particolare, si sottolineava la necessità della realizzazione dello stabilimento di deposito dei tram (3° lotto del progetto esecutivo, consegnato il 18 maggio 2005, con termine di ultimazione fissato al 13 gennaio 2006) necessario per il ricovero dei mezzi giacenti a Strasburgo.

La concessionaria, tuttavia, si è rifiutata di riprendere i lavori, adducendo, a giustificazione del proprio diniego, l'impossibilità di realizzare la tratta su via Roma e il mancato raggiungimento di un accordo con il Comune in ordine alla suddetta revisione della convenzione e del connesso piano economico-finanziario (si v. lettera della C.G.R.T. del 2.5.2007).

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, si rileva che la concessionaria, come risulta dai verbali degli incontri con il Comune, quantificava in circa 7,3 milioni di euro l'aumento complessivo del costo dell'opera; quantificazione che veniva puntualmente contestata dal Comune, unitamente ai criteri di ripartizione di tale ulteriore onere tra amministrazione e concessionaria.

Pertanto, ad oggi, la realizzazione di detto deposito non risulta essere ancora completata, nonostante i reiterati ordini di servizio dell'Amministrazione, che ha chiesto di realizzare il deposito al fine di consentire il ricovero dei tram, giacenti presso la ditta costruttrice a Strasburgo.

È ciò senza che vi sia un valido motivo per il mancato compimento di detti lavori, visto che non può ritenersi tale il mancato raggiungimento di un accordo con l'Amministrazione sulla revisione della convenzione o l'impossibilità di realizzare i lavori su via Roma.

In realtà il comportamento della concessionaria, evidenzia la volontà della stessa di non procedere alla realizzazione dell'opera. E difatti, con la

disposto a tale fine di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati "deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione dell'efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante".

Così come interpretata dalla dottrina (cfr. D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, op. cit.) e dalla Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dipartimento della Funzione pubblica del 17.10.2005, la suddetta disposizione ha carattere speciale e si applica solo nel caso in cui l'Amministrazione intenda conseguire risparmi o minori oneri finanziari, che devono essere precisamente indicati, anche attraverso l'allegazione di un prospetto illustrativo (cfr. § 3. della Direttiva cit.).

Il termine ragionevole per l'annullamento, fissato in non oltre tre anni dalla stessa norma, riguarda solamente i casi in cui si disponga l'annullamento d'ufficio di provvedimenti che incidono su rapporti contrattuali o convenzionali. In tutte le altre ipotesi di possibile risparmio di spesa, si ritiene dunque che "il termine conforme al principio di ragionevolezza possa in taluni casi anche superare, sia pure con la necessaria adeguata motivazione, i tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento" (cfr. § 3. Direttiva cit.).

Nel caso che ci occupa l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione della concessione potrebbe determinare, come sopra visto, un risparmio e minori oneri finanziari per il Comune, che in tal modo si sottrarrebbe all'obbligo di rimborsare lo Stato della sanzione derivante dalla condanna per violazione del diritto comunitario.

Trattandosi di annullamento di provvedimento incidente su un rapporto convenzionale con il privato, opererebbe il termine di tre anni dall'acquisizione

dell'efficacia del provvedimento stesso, termine considerato *ex lege* ragionevole per poter procedere all'annullamento.

Operando la norma per l'avvenire, detto termine non può che iniziare a decorrere dall'entrata in vigore della norma stessa (1° gennaio 2005) e pertanto l'Amministrazione, al fine di rispettare il detto termine triennale, dovrebbe procedere immediatamente ad adottare il provvedimento di autotutela.

5. In conclusione, si ritiene sussistano le condizioni per l'annullamento d'ufficio, sia perché il procedimento seguito dall'Amministrazione comunale è palesemente illegittimo anche per contrasto con la normativa comunitaria, sia perché sussistono evidenti ragioni di interesse pubblico ad annullare la procedura.

Resta da determinare quanto dovuto dal Comune all'impresa per i lavori realizzati, in considerazione anche di quanto precedentemente stabilito nell'ambito di una procedura di accordo bonario, avviata ai sensi dell'art. 31 bis l. 109/94.

A riguardo, si deve evidenziare che l'accordo bonario sottoscritto in data 12.10.2006, non può considerarsi ad oggi efficace, in quanto condizionato al riconoscimento, che non è mai intervenuto, da parte dell'Amministrazione, dei debiti fuori bilancio derivanti dallo stesso accordo, ai sensi dell'art. 194 del d.lgs. 267/00 (Testo unico enti locali).

Il Comune, infatti, con deliberazione di G.C. n. 175 del 2006 prendeva atto dell'avvio del procedimento per la formazione dell'apposita Commissione prevista dall'art. 31 bis cit., incaricata di redigere la proposta motivata di accordo bonario per la risoluzione di riserve iscritte dal concessionario, nonché di promuovere il raggiungimento dell'accordo risolutivo delle riserve, precisando che in caso di debiti fuori bilancio derivanti dall'accordo l'efficacia

dell'accordo stesso "resterà comunque condizionata al riconoscimento degli stessi, ai sensi dell'art. 194 del d.lvo 267/2000". Tale condizione è stata inoltre espressamente richiamata nello schema di convenzione alla citata delibera n. 175/06.

L'atto conclusivo sottoscritto dalla Commissione, recante l'accordo risolutivo delle riserve, specifica che l'obbligo del Comune di pagamento dell'importo determinato in sede di accordo, resta condizionato al riconoscimento dei debiti fuori bilancio dallo stesso derivanti, ai sensi dell'art. 194 cit., da parte del competente organo comunale; "per il quale riconoscimento le parti determinano un lasso temporale massimo di 30 giorni da oggi, fermo il diritto della concessionaria, ove a ciò non si pervenga entro tale termine temporale, di riservarsi la facoltà di recedere dal presente accordo".

Nel termine suddetto, l'Amministrazione non ha proceduto al riconoscimento dei debiti fuori bilancio derivanti dall'accordo sottoscritto e, pertanto, detto accordo non è, allo stato, produttivo di effetti per le parti.

La giurisprudenza ritiene privo di efficacia giuridica l'accordo bonario "privo dell'indispensabile copertura finanziaria" e non ratificato entro i termini perentori ed essenziali appositamente previsti quale condizione di efficacia del medesimo accordo (Arb. Roma, 7 luglio 2004, n. 44).

Circa la possibilità che l'Amministrazione oggi proceda al riconoscimento della legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti dal suddetto accordo bonario, bisogna tener presente che l'art. 194 cit., secondo l'interpretazione consolidata della Corte dei Conti, "ha natura eccezionale e, per limitare il ricorso ad impegni non derivanti dalla normale procedura di bilancio, ha introdotto un'elencazione delle ipotesi tassative in cui è possibile

sanare l'irregolarità gestionale" (cfr., Sez. reg. contr. Reg. Basilicata, Potenza, parere n. 15/2007; Sez. reg. contr. Reg. Sardegna, 15.2.2006, n. 3; Sez. reg. contr. Piemonte, parere n. 4 del 11.5.2007).

La stessa Corte dei Conti ha pertanto escluso l'applicabilità della disciplina in questione ad una ipotesi che appare del tutto simile a quella oggetto di esame, ossia "alla definizione di controversie mediante stipula di un accordo di transazione". In particolare, la Corte dei Conti (Sez. reg. contr. Piemonte, parere n. 4/07 cit.) ha osservato, in primo luogo, che "gli accordi transattivi, in sede giudiziale o extra giudiziale" non sono previsti tra le ipotesi tassative elencate all'articolo 194, affermando inoltre "... l'impossibilità di ricondurre la fattispecie degli accordi transattivi al concetto di sopravvenienza passiva e dunque alla nozione di debito fuori bilancio sottesa alla disciplina in questione. I debiti derivanti da sentenze esecutive sono infatti riconducibili al concetto di sopravvenienza passiva in quanto, in assenza di una specifica previsione nel bilancio di esercizio in cui i debiti si manifestano, prescindono necessariamente da un previo impegno di spesa. Gli accordi transattivi, invece, presuppongono la decisione dell'Ente di pervenire ad un accordo con la controparte per cui è possibile prevedere, da parte del Comune, tanto il sorgere dell'obbligazione quanto i tempi per l'adempimento. Pertanto con riferimento agli accordi transattivi l'Ente può attivare le ordinarie procedure contabili di spesa, rapportando ad esse l'assunzione delle obbligazioni derivanti dagli accordi stessi".

Ne consegue che, secondo questa interpretazione, i debiti fuori bilancio derivanti dall'accordo bonario sottoscritto dal Comune, avente per legge natura transattiva (comma 1-ter dell'art. 31 bis l. 109/94 e comma 18 dell'art. 240

In ogni caso, a prescindere dalle suddette considerazioni, non si può trascurare che l'accordo tra il Comune e la concessionaria ha comunque un contenuto perpleso e criticabile. Ed infatti, le somme riconosciute come spettanti all'impresa per effetto di detto accordo appaiono fortemente contestabili, come risulta dal fatto che, sia la commissione di collaudo, sia gli uffici tecnici dell'ente, nonché la stessa direzione lavori, hanno contestato le risultanze dell'accordo.

Considerazione, questa, che non potrà non essere presa in debita considerazione dal Consiglio comunale, organo tenuto per legge a decidere sul riconoscimento dei debiti fuori bilancio; decisione da valutare caso per caso e nell'interesse dell'ente.

Secondo la giurisprudenza, il riconoscimento di un debito fuori bilancio è atto discrezionale (Cass. III, 31.5.2005, n. 11597 e sez. III, 19.12.2003, n. 19562) ed impegna l'ente entro i limiti della somma riconosciuta. Inoltre, nel caso di acquisizione di beni e servizi senza impegno di spesa, la deliberazione consiliare deve fornire la concreta prova dell'utilità e dell'arricchimento per l'Amministrazione (anche sotto forma di risparmio di spesa, cfr. Cass., I, 12.7.1996, n. 6332), che conseguono a detta acquisizione.

In conclusione, si suggerisce di rinviare la decisione circa la quantificazione della somma dovuta all'impresa concessionaria ad un collegio costituito da tre membri, uno designato dal Comune, uno designato dall'impresa concessionaria, e il Presidente nominato dal Presidente del TAR Abruzzo

Resto a disposizione per ogni chiarimento ed eventuali approfondimenti.

Con viva cordialità.

prof. avv. Vincenzo Cerulli Irelli