

N. 01775/2013REG.PROV.COLL.

N. 03315/2007 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3315 del 2007, proposto da:
Kassbohrer Gelandefahrzeug AG, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Fabio Dani, con domicilio eletto presso lo studio del dott. Gian Marco Grez, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

Comune di Pontebba, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Luciano Di Pasquale e Stefano Placidi, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Adige, n. 43;

nei confronti di

Prinoth s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Friuli-Venezia-Giulia – Trieste, n. 9/2007, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento della delibera della Giunta Comunale del Comune di Pontebba n. 41 dell'8 febbraio 2006, nonché della determinazione n. 120 del Responsabile del Servizio del Territorio di detto Comune del 21 febbraio 2006, recante impegno di spesa per l'acquisto di un battipista Prinoth mod. Husky e della successiva determinazione dello stesso Responsabile n. 408 del 16 giugno 2006, con cui è stato disposto l'acquisto di detto mezzo;

nonché per il risarcimento del danno.

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Pontebba;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Pafundi, per delega dell'Avvocato Dani, e Capo, per delega dell'Avvocato Di Pasquale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con delibera di giunta dell'8 febbraio 2006 il Comune di Pontebba ha recepito un'offerta di vendita da parte della ditta Prinoth relativa ad un mezzo battipista mod. Husky, completo di lama, fresa e tracciatori per piste di fondo, del valore di listino pari a €. 135.000, al prezzo, scontato, di €. 95.000 (dopo l'utilizzazione, per un massimo di 200 ore, nel corso delle Olimpiadi della neve di Torino), a tal fine espresso l'indirizzo nei riguardi del Responsabile del Servizio gestione del Territorio di impegnare l'importo di € 10.000,00 quale caparra.

A tale delibera facevano seguito, da parte di detto Responsabile del Servizio, dapprima, in data 21 febbraio 2006, la determinazione n. 120 di impegno della somma di cui sopra, e successivamente, in data 16 giugno 2006, la determinazione n. 408 di acquisto del suddetto mezzo battipista.

Per l'annullamento di dette delibere e determinazioni ha proposto ricorso giurisdizionale la società Kassbohrer Gelandefahrzeug AG, contestando la legittimità della procedura seguita sia per ragioni formali (per carenza di potere della Giunta Comunale a deliberare l'acquisto del bene), che sostanziali (per mancato previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica).

Con la sentenza in epigrafe indicata è stato respinto il ricorso, in particolare, quanto alla carenza di potere della Giunta Comunale, nell'assunto che la delibera aveva natura di atto di indirizzo, e, quanto al mancato espletamento di detta procedura, attesa la singolarità della fattispecie, posto che non sembrava possibile porre in dubbio la particolare convenienza della offerta della ditta Prinoth, peraltro in assenza di una specifica offerta concorrenziale della ricorrente tale da configurarsi pari o migliore rispetto a quella di detta ditta.

Con il ricorso in appello in esame la Kassbohrer Gelandefahrzeug AG ha chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza, deducendo i seguenti motivi:

1.- Incompetenza della Giunta comunale. Violazione dell'art. 107 del d. lgs. n. 267/2000 e dell'art. 53 dello Statuto comunale. Erroneità della sentenza appellata sul punto in esame. Falso presupposto di fatto e di diritto. Motivazione inconferente e priva di pregio, oltre che erronea.

La tesi del primo Giudice, che la deliberazione n. 41 dell'8.2.2006 avrebbe avuto natura di atto di indirizzo, contrasta con il tenore letterale del provvedimento, oltre che con la valenza meramente esecutiva degli atti successivi.

Il responsabile del Servizio nulla avrebbe potuto fare di diverso dopo la delibera suddetta e non avrebbe potuto porre in essere alcun atto di gestione, atteso che gli

è stata imposta la scelta di un dato contraente, demandandogli solo il compito di liquidare la spesa.

2.- Violazione dell'art. 41 del r.d. n. 827/1924 e dell'art. 4 della l.r. n. 12/2003. Violazione del giusto procedimento, oltre che dei principi di concorrenzialità e "par condicio". Violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990 e succ. modd. Difetto assoluto di motivazione. Eccesso di potere per illogicità e falso presupposto di fatto. Difetto di istruttoria. Ingiustizia grave e manifesta. In relazione a tutti i suddetti profili, illegittimità della pronuncia appellata.

Il T.A.R. ha espresso considerazioni rappresentanti esercizio di poteri di amministrazione attiva, sostituendosi all'Amministrazione comunale nel colmare la lacuna motivazionale ascrivibile alla deliberazione n. 41/2006 impugnata e giustificando l'utilizzo della procedura negoziata mediante apprezzamenti desumibili da atti successivi ed esecutivi della scelta effettuata con detta delibera.

Comunque, a prescindere dal fatto che prima avrebbe dovuto essere scelto il metodo di individuazione del contraente e poi scelto questo, non ricorrevano i presupposti per esperire la trattativa privata diretta.

La tesi del primo Giudice che la scelta era giustificata dalla singolarità della fattispecie e dalla convenienza della offerta è valutazione di merito apodittica ed insostenibile.

La scelta di prestare osservanza alle disposizioni in materia di tutela della trasparenza, della concorrenza e "par condicio" grava solo sull'Amministrazione e non può essere disattesa invocando il comportamento dell'attuale appellante.

Con atto depositato il 17.7.2007 si è costituito in giudizio il Comune di Pontebba, che ha chiesto che l'appello sia dichiarato inammissibile e improponibile, ovvero che sia respinto.

Con memoria depositata il 10.2.2012 il costituito Comune ha dedotto che la scelta del Responsabile del servizio, di aderire alle indicazioni espresse dalla Giunta comunale, è stata frutto di sue autonome determinazioni.

Inoltre ha eccepito che, se la scelta fosse stata effettuata con la deliberazione della Giunta comunale, la impugnazione sarebbe stata tardiva con decorrenza dalla pubblicazione della stessa sull'albo pretorio avvenuta il 28.2.2006.

Nel merito ha dedotto che l'occasione irripetibile giustificava l'urgenza e il ricorso alla procedura prevista dall'art. 4, comma 2, lettera b), della l.r. n. 13/2003. L'ipotesi ricadeva nella previsione dell'art. 3, ultimo periodo, della l.r. n. 13/2003, essendo stato deciso l'acquisto di beni che solo una impresa poteva fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti; comunque il mezzo scelto era diverso da quello della appellante per avere un sistema di avviamento rapido a freddo. Comunque la assunzione delle determinazioni da parte del competente organo amministrativo avrebbe comunque determinato la convalida ex art. 21 nonies della l. n. 241/1990 della impugnata deliberazione.

Infine il Comune ha asserito che la appellante In primo grado si era solo riservata di chiedere il risarcimento danni, che neppure attualmente sono stati quantificati.

Con memoria depositata il 2.3.2012 la parte appellante ha contestato le avverse eccezioni ed argomentazioni ed ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 20.11.2012 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata da Kassbohrer Gelandefahrzeug AG di annullamento o di riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale era stato respinto il ricorso proposto per l'annullamento della delibera della Giunta Comunale del Comune di Pontebba n.

41 dell'8 febbraio 2006 nonché della determinazione n. 120 del Responsabile del Servizio del Territorio di detto Comune del 21 febbraio 2006, recante impegno di spesa per l'acquisto di un battipista Prinoth mod. Husky e, infine, della successiva determinazione dello stesso Responsabile n. 408 del 16 giugno 2006, con cui è stato disposto l'acquisto di detto mezzo; inoltre sulla richiesta di risarcimento del danno, nella misura da indicare in corso di causa.

2.- Innanzi tutto la Sezione ritiene non positivamente valutabile la eccezione formulata dalla difesa del resistente Comune di tardività della impugnazione, ove fosse condivisa la tesi che la scelta è stata effettuata con la deliberazione della Giunta, essendo inutilmente decorsi i termini per la impugnazione della stessa a far data dalla sua pubblicazione sull'albo pretorio, avvenuta il 28.2.2006

E, pur vero che, in caso di delibera comunale, per la cui pubblicità è prescritta la pubblicazione all'albo, il termine decadenziale, ex art. 124, del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, per la sua impugnativa, per quanto concerne i terzi, decorre dal quindicesimo giorno da detta pubblicazione, mentre decorre dalla data di notifica o comunicazione dell'atto o di quella dell'effettiva piena conoscenza solo con riferimento a quei soggetti direttamente contemplati nell'atto o che ne siano immediatamente incisi anche se in esso non contemplati.

Tuttavia, a prescindere dalla circostanza se la attuale appellante fosse direttamente incisa o meno dagli effetti di detta deliberazione, va ricordato che per un provvedimento come quello di specie, conteneva bensì disposizioni non di indirizzo, ma di gestione (come meglio specificato in seguito), ma non immediatamente operative (la deliberazione n. 41/2006 incaricava il Responsabile del Servizio Ragioneria di effettuare le opportune variazioni in bilancio ai fini dell'acquisto del mezzo della Prinoth nelle more della concessione del contributo regionale richiesto, senza determinare la definitiva ed attuale espressione negoziale conclusiva del contratto, rinviata, in modo del tutto atipico, successivamente alla

variazione contabile del Responsabile); in tale peculiare fattispecie, il termine per la impugnazione decorre dal momento in cui si è verificata la lesione dell'interesse sostanziale, cioè dal momento in cui sono stati adottati gli atti concretamente applicativi (nel caso di specie le deliberazioni del Responsabile del Servizio del Territorio di detto Comune n. 120 del 21 febbraio 2006, recante impegno di spesa per l'acquisto di un battipista Prinoth mod. Husky, e n. 408 del 16 giugno 2006, con cui è stato disposto l'acquisto di detto mezzo), rispetto alla conoscenza dei quali il ricorso di primo grado era pienamente tempestivo.

3.- Con il primo motivo di ricorso è stato dedotto che contrasterebbe con il tenore letterale della deliberazione impugnata n. 41 dell'8.2.2006, oltre che con la valenza meramente esecutiva degli atti successivi, la tesi del primo Giudice, che essa deliberazione aveva natura di atto di indirizzo (essendosi la Giunta comunale di Pontebba limitata ad operare una valutazione dell'offerta di vendita ricevuta sotto l'aspetto della sua compatibilità con le linee di politica finanziaria dell'ente) e che costituiva atto di natura meramente orientativa con finalità politico-organizzative.

Il criterio discrezionale tra attività di indirizzo e di gestione degli organi della P.A. è rinvenibile nella estraneità della prima al piano della concreta realizzazione degli interessi pubblici che vengono in rilievo, esaurendosi nella indicazione degli obiettivi da perseguire e delle modalità di azione ritenute congrue a tal fine.

La deliberazione di cui trattasi non sarebbe quindi riconducibile al novero degli atti di indirizzo, in quanto la Giunta comunale ha preso atto della proposta della ditta Prinoth ed ha quindi esperito una vera e propria procedura negoziata, accertando la ricorrenza dei prescritti presupposti.

Il responsabile del Servizio nulla avrebbe potuto fare di diverso dopo la delibera suddetta e non avrebbe potuto porre in essere alcun atto di gestione, atteso che gli è stata imposta la già effettuata scelta di un dato contraente (che è atto di gestione,

non costituendo, a prescindere dalla terminologia usata, fissazione di linee generali e di scopi da perseguire), demandandogli solo il compito di liquidare la spesa.

La tesi che la Giunta comunale si era limitata ad operare una valutazione dell'offerta di vendita ricevuta sotto l'aspetto della sua compatibilità con le linee di politica finanziaria dell'ente, ritenuta accessibile tenuto conto dello stato delle finanze comunali, sarebbe smentita dal fatto che dette argomentazioni non sono riconducibili alla deliberazione della Giunta n. 41/2006, ma al successivo atto del procedimento, posto in essere dal Responsabile del Servizio, n. 408 del 16.6.2006.

Ulteriore sintomo della circostanza che la impugnata deliberazione della Giunta non aveva natura di atto di politica finanziaria, ma di gestione finanziaria, compresa l'assunzione dell'impegno di spesa, sarebbe il fatto che l'impegno di spesa è stato sostanzialmente deliberato e deciso nella sostanza dalla Giunta e solo operativamente posto in essere dal Responsabile del Servizio.

3.1.- La Sezione ritiene dette censure pienamente fondate.

Con la deliberazione n. 41 dell'8.2.2006, infatti, la Giunta Comunale di Pontebba ha, tra l'altro, preso atto che il mezzo battipista in dotazione era vetusto e, dopo essere stato sommerso da una alluvione, le riparazioni effettuate non garantivano i requisiti di affidabilità necessari.

Quindi - "Vista la proposta della ditta PRINOTH S.p.a. di Vipiteno (BZ) pervenuta in data 27.01.2006 al n. 966 di protocollo, che si dichiara disposta a vendere al comune di Pontebba un mezzo battipista Prinoth mod. Husky 130 kw /177 CV), completo di lama, fresa e tracciatori per piste da fondo al prezzo scontato di € 95.000,00, in quanto il mezzo, seppur nuovo, verrà utilizzato per un massimo di 200 ore di lavoro durante le Olimpiadi Invernali di Torino 2006", "ATTESO che il prezzo di listino del mezzo di cui trattasi ammonta ad € 135.000,00 I.V.A. esclusa", "Ritenuto di recepire l'offerta" di detta ditta "in quanto consente l'acquisto di un mezzo praticamente nuovo con un notevole risparmio",

visto l'art. 17 del regolamento comunale per la disciplina dei contratti, richiamati l'art. 4, comma b) della l.r. n. 12/2003 e preso atto che ricorrevano le circostanze di cui all'art. 41 del r.d. n. 827/1924 - ha deliberato "di esprimere, per quanto in premessa esposto, l'indirizzo nei riguardi del Responsabile del servizio Gestione del Territorio di impegnare nei confronti della ditta PRINOTH S.p.a. di Vipiteno (BZ) l'importo di 10.000,00 quale caparra per l'acquisto" di detto mezzo, nonché di esprimere l'indirizzo dei riguardi di detto Responsabile, di effettuare le opportune variazioni di bilancio ai fini dell'acquisto di detto mezzo.

Con successiva determinazione n. 120 del 21.2.2006 il Responsabile del servizio, vista la proposta della ditta Prinoth s.p.a., vista detta delibera, visto l'art. 17 del regolamento comunale sulla disciplina dei contratti, visto l'art. 4, comma b), della l. r. n. 12/2003, ha disposto l'impegno a favore di detta società della somma di € 10.000,00 quale caparra per l'acquisto di detto mezzo.

Con ulteriore determinazione n. 408 del 16.6.2006 detto Responsabile, preso atto che il legale della ditta Kassbohrer Italia aveva invitato il Comune a non dare esecuzione alla citata deliberazione (sospendendo la procedura ed avviando una procedura di evidenza pubblica per l'acquisto di detto mezzo), ha precisato che il Comune, con la deliberazione n. 41/2006 aveva disposto l'acquisto di un mezzo usato, con ampie garanzie di funzionamento, per il limitato numero di ore di lavoro, e che per "tali caratteristiche" non si era reso necessario esperire il pubblico incanto.

Quindi, considerato che il Comune non aveva disponibilità finanziaria per acquistare un mezzo nuovo, ha affermato che con l'acquisto diretto si era soddisfatto nel migliore dei modi l'interesse pubblico all'acquisto di un mezzo che per le sue caratteristiche soddisfaceva pienamente le esigenze dell'Ente, perseguendo l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa. Ha quindi proceduto all'acquisto del mezzo.

Al riguardo il T.A.R. ha sostenuto che, dichiaratamente, la delibera di giunta in questione riveste natura di atto di indirizzo, di atto cioè con il quale, nel rispetto di quanto prevede l'art. 107 del già ricordato D.L.vo n. 267/00, con riguardo alle competenze degli organi di governo del comune, la Giunta comunale di Pontebba si è limitata ad operare una valutazione dell'offerta di vendita ricevuta sotto l'aspetto della sua compatibilità con le linee di politica finanziaria dell'ente, nell'ambito delle quali quindi rientrava l'espressione di preferenza data all'acquisto del mezzo di cui trattasi, praticamente nuovo, ad un prezzo valutato come accessibile tenuto conto dello stato delle finanze comunali. Ha ritenuto quindi l'atto adottato dalla Giunta comunale di natura meramente orientativa con finalità politico-organizzative, ferma restando la competenza del responsabile del servizio ad adottare i provvedimenti veri e propri del caso con efficacia nei confronti dei terzi.

Dette argomentazioni non possono essere condivise dalla Sezione.

Innanzitutto va osservato che, ex art. 107 del d.lgs. n. 267/2000, la Giunta, quale organo di indirizzo politico, non aveva alcuna competenza a "recepire l'offerta" della ditta Prinoth per l'acquisto del mezzo battipista in questione.

L'atto di Giunta costituiva invero, in concreto, atto di vera e propria gestione, a prescindere dalla sola formale qualificazione dello stesso quale atto di "indirizzo nei riguardi del Responsabile del servizio Gestione del Territorio" ad impegnare una somma quale caparra per l'acquisto di detto mezzo, nonché ad effettuare le opportune variazioni di bilancio ai fini dell'acquisto di detto mezzo.

Posto che gli atti di gestione includono funzioni dirette a dare adempimento ai fini istituzionali posti da un atto di indirizzo o direttamente dal legislatore, oppure includono determinazioni destinate ad applicare, pure con qualche margine di discrezionalità, criteri predeterminati per legge, mentre attengono alla funzione di indirizzo gli atti più squisitamente discrezionali, implicanti scelte di ampio livello,

deve ritenersi che il recepimento della offerta della ditta Prinoth non abbia costituito un atto di indirizzo politico, ma vero e proprio atto di gestione, esulante dalle competenze della Giunta comunale.

Infatti l'impugnato atto non configurava alcuna scelta politica dell'Amministrazione, non potendosi tale qualificare la "valutazione dell'offerta di vendita ricevuta sotto l'aspetto della sua compatibilità con le linee di politica finanziaria dell'ente", che costituisce invece mera espressione di discrezionalità tecnica circa la convenienza dell'offerta, come tale esulante necessariamente dalle attribuzioni proprie dell'organo politico.

Il motivo in esame deve essere quindi accolto.

4.- Con il secondo motivo di gravame è stato dedotto che il T.A.R. ha espresso considerazioni rappresentanti esercizio di poteri di amministrazione attiva, sostituendosi all'Amministrazione comunale nel colmare la lacuna motivazionale ascrivibile alla deliberazione n. 41/2006 impugnata e giustificando l'utilizzo della procedura negoziata mediante apprezzamenti desumibili da atti successivi ed esecutivi della scelta effettuata con detta delibera.

Con detta deliberazione la Giunta comunale, dopo aver recepito la offerta della Prinoth, si è infatti limitata a richiamare l'art. 4, comma b), della l.r. n. 12/2003, asserendo di prendere atto che ricorrevano le circostanze di cui all'art. 41 del r.d. n. 827/1924.

Secondo l'appellante, a prescindere dal fatto che prima avrebbe dovuto essere stabilito il metodo di individuazione del contraente e poi effettuata la scelta della offerta migliore, non ricorrevano comunque nel caso che occupa i presupposti per esperire la trattativa privata diretta, non essendo la fattispecie inquadrabile in alcuna delle ipotesi indicate da detto art. 41 e non essendo stati identificati motivatamente detti presupposti, atteso che il sistema di acquisizione derogatorio speciale rispetto a quello di regime, ex art. 4, comma 2, della l.r. n. 12/2003, della

evidenza pubblica, necessitava “ab origine” di specifica e puntuale motivazione, ex art. 4, comma 3, di detta l.r..

La deliberazione n. 41/2006 non indica quali siano state le ragioni poste a fondamento del metodo scelto, né perché si è ritenuto di derogare alle modalità prescritte per le procedure negoziate dalla disciplina regionale a garanzia della effettiva concorrenza.

La tesi del primo Giudice che la carenza sarebbe superabile stante la singolarità della fattispecie e la convenienza della offerta, sarebbe, secondo l'appellante, valutazione di merito apodittica ed insostenibile, visto che l'offerta accettata dal Comune non è mai stata confrontata con le altre. Comunque la stessa Prinoth aveva formulato in altra gara una offerta per la fornitura di una macchina identica nuova ad un prezzo di mille euro inferiore.

La argomentazione contenuta in sentenza che la scelta non sarebbe irragionevole tenuto conto della vetustà del battipista in dotazione e della scarsità delle risorse disponibili, tali da non consentire l'acquisto di una macchina nuova, sarebbe indivisibile, atteso che dette circostanze sono desumibili solo dalla determinazione dirigenziale n. 408/2006, assunta dopo quattro mesi e mezzo dopo la deliberazione della Giunta comunale di acquisto e dopo diffida dell'appellante.

La tesi del T.A.R. che sarebbe stato impossibile e quindi inutile, anche ricorrendo ad una pubblica gara ovvero procedendo ad una indagine di mercato, reperire una macchina con il medesimo o migliore rapporto qualità-prezzo, non corrisponderebbe ad alcuna delle considerazioni addotte dal responsabile del Servizio nella determinazione n. 2408/2006 e sarebbe smentita da documentazione prodotta circa la esistenza di un mercato dell'usato.

Sarebbe pure indivisibile la tesi che dimostrerebbe la mancanza sul mercato di una alternativa che avrebbe giustificato la necessità e l'utilità del previo espletamento di una pubblica gara la circostanza che l'appellante era venuta a

conoscenza della situazione che stava maturando e dimostrato l'esistenza di un mercato di vari modelli di propria produzione di veicoli battipista usati oltre che nuovi, ma non aveva voluto o saputo, pur avendone avuto modo prima della determinazione conclusiva d'acquisto della macchina Prinoth da parte del Comune di Pontebba, contrapporre in concreto una propria specifica offerta concorrenziale tale da configurarsi pari o migliore rispetto a quella della Prinoth, limitandosi per contro genericamente a far valere, in astratto, l'asserita inderogabile necessità comunque di una procedura ad evidenza pubblica.

La bontà della scelta della Amministrazione non può, infatti, dipendere dalla inattività dell'appellante perché significherebbe asserire che, a fronte della scelta della Amministrazione di ricorrere ad una trattativa privata, sarebbero le aziende del settore a dover formulare una offerta alternativa, il che è smentito dalla giurisprudenza, per la quale il ricorso a detta trattativa è impugnabile da qualsiasi operatore che non vi sia stato invitato.

Comunque l'appellante aveva diffidato il Comune in data 24.5.2006 a dare seguito a quanto deliberato e solo dopo la assunzione della deliberazione n. 406 del 16.5.2006 le è stato consentito di accedere agli atti, sicché non sarebbe dato comprendere come avrebbe potuto l'appellante formulare una propria offerta, essendo stata la scelta già portata a compimento.

In conclusione la scelta di prestare osservanza alle disposizioni in materia di tutela della trasparenza, della concorrenza e "par condicio" gravava solo sull'Amministrazione e non poteva essere disattesa invocando la omissione di un comportamento, che sarebbe stato illegittimo, dell'appellante.

4.1.- Ad avviso della Sezione sono fondate anche le esaminate censure formulate con detto motivo di appello avverso la deliberazione n. 41/2006 della Giunta comunale di Pontebba.

Con essa deliberazione è stata recepita l'offerta della ditta Prinoth "in quanto consente l'acquisto di un mezzo praticamente nuovo con un notevole risparmio", visto l'art. 17 del regolamento comunale per la disciplina dei contratti, richiamati l'art. 4, "comma b)" della l.r. n. 12/2003 e preso atto che ricorrevano le circostanze di cui all'art. 41 del r.d. n. 827/1924.

Detto art. 4, comma 2, della l.r. n. 12/2003 stabilisce che, nell'ambito dell'ordinamento regionale, i contratti di fornitura di beni ed i contratti di appalto di servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario, stipulati, tra gli altri, dagli Enti locali, di norma effettuati a seguito di procedura aperte o ristrette, possono essere stipulati con contraenti scelti mediante procedura negoziata esclusivamente nei casi di cui alla lettera b), cioè "qualora ricorrano le circostanze previste dall'art. 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n, 827...".

Dispone quest'ultima norma che "*Si procede alla stipulazione dei contratti a trattativa privata:*

- 1) *Quando gl'incanti e le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che ove si sperimentassero andrebbero deserte;*
- 2) *Per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privativa industriale, o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte;*
- 3) *Quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti od oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti;*
- 4) *Quando si debbano prendere in affitto locali destinati a servizi governativi;*
- 5) *Quando l'urgenza dei lavori, acquisti, trasporti e forniture sia tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione;*
- 6) *E in genere in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli artt. da 37 a 40 del presente regolamento.*

Nei casi previsti dal presente articolo la ragione per la quale si ricorre alla trattativa privata, deve essere indicata nel decreto di approvazione del contratto".

La trattativa privata costituisce quindi, in base sia alla citata legge regionale che a detto art. 41, modulo di formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione pubblica di carattere eccezionale, suscettibile di essere applicato esclusivamente in presenza di specifici presupposti da individuarsi ed esplicitarsi a monte della procedura, proprio per giustificare la deroga alle regole ordinarie dell'evidenza pubblica (Consiglio Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600).

Invero dette norme (coerentemente con i principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, nonché con i principi comunitari di trasparenza e di libera concorrenza) impongono, per ogni attività contrattuale della p.a., il ricorso a procedure concorsuali aperte ai soggetti idonei per eseguire opere o servizi e per fornire beni alle amministrazioni stesse. A fronte di ciò la possibilità dell'affidamento diretto a trattativa privata è circoscritta ad alcune condizioni eccezionali, la cui sussistenza deve essere adeguatamente provata e puntualmente e perspicuamente giustificata dall'Amministrazione precedente.

Nel caso che occupa la Giunta comunale non ha individuato, come invece dovuto, detti presupposti prima della adozione della deliberazione di cui trattasi, con cui ha deciso di recepire l'offerta della ditta Prinoth limitandosi ad affermare poi genericamente che "ricorrevano le circostanze" di cui a detto art. 41, non evidenziando adeguatamente, come pure avrebbe invece dovuto, i motivi per i quali riteneva di dover derogare alla regola della stipula mediante procedure aperte o ristrette stabilite dalla l.r. e quelli per i quali ricorrevano le speciali condizioni e circostanze per ricorrere alla trattativa privata.

L'atto impugnato è quindi, come dedotto con l'atto di appello, affetto anche dal vizio di difetto di motivazione, non integrabile con le considerazioni al riguardo contenute nella impugnata sentenza.

Il T.A.R. ha asserito che non era possibile porre in dubbio la particolare convenienza della offerta della ditta Prinoth, data dall'occasione di poter avere un

mezzo battipista poco utilizzato e con uno sconto sul prezzo di listino di quasi il 30%, sicché non irragionevolmente il Comune di Pontebba, tenuto conto della vetustà del battipista in dotazione e della scarsità delle risorse disponibili, aveva ritenuto che ricorressero le ragioni che consentono il ricorso immediato alla trattativa privata senza gara.

Ha quindi aggiunto che nella determinazione dirigenziale del 16 giugno 2006, in risposta alle rimostranze della ricorrente, era stato esplicitato che sarebbe stato impossibile e quindi inutile, anche ricorrendo ad una pubblica gara ovvero procedendo ad una indagine di mercato, reperire una macchina con il medesimo o migliore rapporto qualità-prezzo.

La Sezione rileva al riguardo che con detta determinazione è stato solo affermato che era stato disposto l'acquisto di un mezzo usato, con ampie garanzie di funzionamento per il limitato numero di ore di lavoro, e che per tali caratteristiche non era stato possibile esperire il pubblico incanto.

Il T.A.R. ha quindi imprecisamente riportato la motivazione di detto atto, integrativo di quello di tipo gestionale posto in essere dalla Giunta comunale, che a sua volta non aveva affatto motivato nei sensi riportati in sentenza.

Rileva ancora la Sezione che il Giudice di prime cure, oltre a ritenere (con riferimento alle censure relative alla circostanza che una macchina uguale, nuova, sarebbe stata dalla Prinoth offerta in una gara indetta da altro comune ad un prezzo di soli 1.000 euro superiore a quello di cui qui si discute) condivisibile quanto al riguardo dedotto dalla controinteressata circa la circostanza che detto mezzo non era dotato di una particolare apparecchiatura e circa le diverse condizioni di mercato esistenti nelle due località poste a confronto, ha anche osservato che la ricorrente non aveva contrapposto in concreto una propria specifica offerta concorrenziale tale da configurarsi pari o migliore rispetto a quella della Prinoth, limitandosi a far valere, in astratto, l'asserita inderogabile necessità

comunque di una procedura ad evidenza pubblica. Tutto ciò, secondo il T.A.R., dimostrava la ineccepibilità della scelta operata dal Comune resistente e l'effettiva mancanza, sul mercato, di una possibile alternativa alla particolare, specifica offerta presentata dalla Prinoth,

Il Collegio ritiene invero inammissibile l'integrazione postuma della motivazione dell'atto amministrativo impugnato, effettuata con dette argomentazioni del T.A.R., dovendo la motivazione precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo, a tutela del buon andamento della P.A. e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario.

Dopo le modifiche apportate alla l. n. 241 del 1990 dalla l. n. 15 del 2005 in giurisprudenza si è, in effetti, affermato un principio derogatorio rispetto a tale regola, ma solo allorché si verta in ambito di attività interamente vincolata, ex comma 1 dell'art. 21 *octies* della L. 241 del 1990, secondo il quale una motivazione incompleta può essere integrata e ricostruita attraverso gli atti del procedimento amministrativo.

Il divieto di integrazione della motivazione o dell'istruttoria in corso di giudizio deve, quindi, ritenersi ancora sussistere in caso di controversie, come quella di specie, vertenti su poteri discrezionali nelle quali i presupposti che giustificano il provvedimento adottato non consistono (unicamente) in mere circostanze di fatto, ma valutazioni riservate che solo la P.A. può nuovamente effettuare (cfr., ex multis, Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2935).

Le censure di cui al motivo in esame sono quindi, nei termini sopra evidenziati, fondate e va accolto anche il secondo motivo di appello, con conseguente declaratoria di illegittimità della deliberazione n. 41/2006 impugnata e delle successive determinazioni dirigenziali che ne hanno fatto concreta applicazione, in via derivata. Restano assorbite le ulteriori censure contenute nel motivo di cui trattasi.

5.- Quanto alla deduzione del Comune di Pontebba che comunque la assunzione delle determinazioni impugnate da parte del competente organo amministrativo ne avrebbe determinato la convalida, ex art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990, la Sezione rileva la inapplicabilità dell'istituto della convalida agli atti posti in essere dal Responsabile del Servizio del Territorio successivamente alla adozione della deliberazione impugnata.

Ai sensi dell'art. 21 *nonies*, comma 2, della l. n. 241 del 1990, che fa salva la possibilità del ricorso all'istituto della convalida (in cui è compresa anche la ratifica) del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole, l'Amministrazione ha il potere di convalidare o ratificare un provvedimento viziato. Del resto, il potere di sanatoria rientra in via di principio nella potestà di autotutela spettante all'Autorità amministrativa, senza entrare in contrasto con i principi di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nella misura in cui costituisce un implicito riconoscimento dei vizi da cui è affetto il provvedimento, anticipando la pronuncia del competente Giudice e nel contempo emendando l'azione amministrativa, senza attendere la instaurazione del giudizio e la successiva riedizione conformata del potere amministrativo all'esito di un giudicato, sempreché ovviamente si tratti di vizi che lasciano salvo l'eventuale successivo esercizio della funzione amministrativa.

L'atto di convalida deve tuttavia contenere una motivazione espressa e persuasiva in merito alla sua natura e in punto di interesse pubblico alla convalida, essendo insufficiente la semplice e formale appropriazione da parte dell'organo competente all'adozione del provvedimento, in assenza dell'esternazione delle "ragioni di interesse pubblico" giustificatrici del potere di sostituzione e della presupposta indicazione, espressa, della illegittimità per incompetenza in cui sarebbe incorso l'organo che ha adottato l'atto recepito in via "sanante".

Pur se non è necessario che l'organo adottante il provvedimento di convalida debba ripercorrere, con obbligo di dettagliata motivazione, tutti gli aspetti (e gli atti del procedimento) relativi al provvedimento convalidato, è invero quanto meno necessario che emergano chiaramente dall'atto convalidante le ragioni di interesse pubblico e la volontà dell'organo di assumere tale atto (Consiglio di Stato, sez. IV, 12 maggio 2011, n. 2863).

Ne caso che occupa le citate deliberazioni del Responsabile del Servizio del Territorio si limitano ad eseguire gli incumbenti mandatigli dalla Giunta comunale ed a procedere concretamente all'acquisto del mezzo di cui trattasi, senza alcuna indicazione circa l'intento di convalida dei provvedimenti, sicché va escluso che potessero comportare le conseguenze previste dall'art. 21 *nonies*, comma 2, della l. n. 241/1990.

6.- Quanto alla richiesta di risarcimento danni, rileva la Sezione che ad essa si applica il principio dell'onere della prova previsto nell'art. 2697 c.c., in virtù del quale spetta al danneggiato fornire in giudizio la prova di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria e segnatamente del danno di cui si invoca il ristoro per equivalente monetario.

Conseguentemente, essendo stata nel caso di specie la domanda di risarcimento danni genericamente formulata e non corredata dalla prova del danno da risarcire, essa deve essere respinta, anche volendo prescindere dalla sua formulazione per la prima volta in appello o meno: nel ricorso di primo grado, infatti, si faceva solo “riserva” di richiesta di risarcimento danni.

7.- Tenuto conto che le spese di giudizio e le illegittime modalità di acquisto del mezzo di cui trattasi sono suscettibili di integrare in astratto una fattispecie di danno erariale, la Sezione dispone, a cura della Segreteria, la trasmissione della presente sentenza alla competente Procura regionale presso la locale Corte dei Conti, per le valutazioni di competenza in tema di possibile ingiustificato esborso

di denaro pubblico, con le connesse eventuali responsabilità contabili degli organi che abbiano adottato le relative statuizioni..

8.- L'appello deve essere conclusivamente accolto termini di cui in motivazione e deve essere riformata la prima decisione, con conseguente accoglimento del ricorso introduttivo del giudizio ed annullamento degli atti impugnati, nonché con trasmissione della decisione alla Procura Regionale presso la Corte dei Conti del Friuli Venezia Giulia.

9.- Le spese e gli onorari del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidati come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R. ed annulla i provvedimenti impugnati.

Pone a carico degli appellato Comune di Pontebba, le spese e gli onorari del doppio grado, liquidati a favore della Kassbohrer Gelandefahrzeug AG nella misura di € 6.000,00 (seimila/00), di cui € 1.000,00 (mille/00) per esborsi, oltre ai dovuti accessori di legge (I.V.A. e C.P.A.).

Dispone la trasmissione degli atti, a cura della Segreteria, alla Procura Regionale della Corte dei Conti del Friuli Venezia Giulia per le valutazioni di competenza.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/03/2013

IL SEGRETARIO

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