

REPUBBLICA ITALIANA

N. 7151/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 5996 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

ricorso iscritto al NRG 5996 del 2008 proposto dal sig.

VITTORIO PARISI, rappresentato e difeso dagli avvocati prof.

Paolo Stella Richter e Donato Di Marzo ed elettivamente

domiciliato presso lo studio Stella Richter in Roma viale Mazzini

n. 11;

contro

COMUNE DI BISCEGLIE, rappresentato e difeso dall'avv. prof,

Aldo Loiodice, ed elettivamente domiciliato in Roma, presso lo

studio Loiodice alla via Ombrone n. 12;

REGIONE PUGLIA, non costituitasi;

e nei confronti di

sig. CARLO GIOVANNI DI LIDDO, quale legale
rappresentante della cooperativa edilizia S. Filippo Neri srl;

sig. TOMMASO PORCELLI, quale legale rappresentante della
cooperativa edilizia Prima;

sig. VITANTONIO PALMIERI, quale legale rappresentante
della costruzioni San Francesco srl;

sig. LEONARDO DI LIDDO, non costituitisi

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la

Puglia Bari Sezione I, n. 1290 del 2008.

Visto il ricorso in appello;

visti gli atti di costituzione in giudizio del COMUNE DI BISCEGLIE;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno dell'erispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

data per letta alla pubblica udienza del 21 aprile del 2009 la relazione del consigliere Giancarlo Montedoro uditi gli avvocati Stelle Richter e Loiodice;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO

Il Comune di Bisceglie, con deliberazione della Giunta 27 febbraio 2007 n. 51, stabiliva di partecipare alla procedura, indetta dalla Regione Puglia, per l'ammissione a finanziamento dei Programmi integrati di riqualificazione delle periferie, in relazione all'area cittadina compresa tra via Terlizzi, via Seminario e via Giuliani.

In seguito, l'Amministrazione municipale pubblicava l'avviso pubblico per la selezione del partner privato e successivamente nominava la relativa commissione giudicatrice, con delibera giuntale 18 aprile 2007 n. 133.

Il signor Vittorio Parisi presentava manifestazione d'interesse (essendo proprietario di un immobile rientrante nel perimetro del PIRP), proponendo di realizzare un intervento di edilizia

convenzionata insieme con la società Valente Costruzioni e con il professor Vincenzo Valente, proprietari di suoli contigui. L'idea progettuale, con tutta la documentazione, veniva prodotta in un unico plico.

Per una carenza documentale veniva esclusa la società Valente Costruzioni e le domande del ricorrente e del professor Vincenzo Valente non erano esaminate.

Con deliberazione 8 luglio 2007 n. 140, la Giunta comunale approvava i verbali della Commissione giudicatrice, individuando come partner privato per la realizzazione dei programmi d'intervento nel piano di riqualificazione la Costruzioni S. Francesco Srl e come soggetti cui affidare l'edilizia abitativa le cooperative edilizie S. Filippo Neri e Prima Casa.

Approvati i progetti preliminari con delibere giuntali nn. 91 e 93 del 2 aprile 2007, il Consiglio comunale ha adottato il PIRP (delibera 12 maggio 2007 n. 51), imponendo così il vincolo espropriativo, e ha modificato il piano triennale delle opere pubbliche per adeguarlo ai realizzandi progetti di riqualificazione (delibera 12 maggio 2007 n. 50).

Il signor Vittorio Parisi impugna tutti gli atti riportati e meglio specificati in epigrafe (sia nella sua qualità di partecipante alla selezione, sia quale proprietario dei suoli destinati a espropriazione), alla stregua dei seguenti motivi:

-con riferimento agli atti della procedura d'individuazione del

partner privato-

I. violazione e falsa applicazione di legge (avviso pubblico approvato con deliberazione della Giunta municipale 27 febbraio 2007 n. 51; principi generali in tema di partecipazione a procedimenti di evidenza pubblica);

eccesso di potere per difetto di presupposto valido ed efficace, travisamento, carenza d'istruttoria e disparità di trattamento;

ingiustizia manifesta;

II. violazione e falsa applicazione di legge (articolo 107 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267);

incompetenza;

-con riferimento alla deliberazione del Consiglio comunale e agli atti che ne costituiscono il presupposto-

III. violazione di legge (articolo 78 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267; articolo 97 della Costituzione; principi generali in materia di astensione degli amministratori pubblici);

eccesso di potere per difetto di presupposto;

illegittimità derivata;

IV. violazione e falsa applicazione di legge (principio di tipicità degli atti amministrativi; articoli 9 e 10 del DPR 8 giugno 2001 n. 327; articolo 34 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267; principi generali in tema di procedimenti espropriativi);

carenza di potere;

ingiustizia manifesta;

V. violazione e falsa applicazione di legge (articolo 11 del DPR 8

giugno 2001 n. 327; articolo 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241; principi generali in materia di giusto procedimento);
eccesso di potere per difetto di presupposto.

VI. violazione e falsa applicazione di legge (bando regionale di gara del PIRP, approvato con deliberazione della Giunta regionale 19 giugno 2006 n. 870);
sviamento dalla causa tipica del potere esercitato.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza della Sezione mista del Tar Puglia n. 684/2007 ("Considerato che non è dato ravvisare fumus adeguato attesa soprattutto la unicità dell'idea progettuale; Considerato anche che allo stato non è dato ravvisare l'immediatezza del danno"), confermata dal Consiglio di Stato, Sezione quinta (ordinanza 20 novembre 2007 n. 6043), per le seguenti ragioni:

"Ritenuto e considerato, ad un primo sommario esame della questione, che:

- a) la presentazione, in unico plico congiuntamente ad altre due parti private, della manifestazione di interesse, per la partecipazione, in qualità di partner privato, alla realizzazione di iniziative progettuali nell'ambito del programma integrato di cui è causa, implica l'unicità dell'iniziativa progettuale ed espone i richiedenti alla valutazione unitaria dei presupposti e dei requisiti richiesti per l'ammissione e la partecipazione;
- b) deve essere, pertanto, condivisa la motivazione sul "fumus", dell'ordinanza impugnata; sufficiente a giustificare il diniego di

misura cautelare”.

Si é costituito il Comune di Bisceglie, che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso e ha contestato nel merito le tesi attoree.

All'udienza del 30 aprile 2008 in primo grado la causà stata riservata per la decisione.

Con la sentenza impugnata la domanda attorea è stata rigettata.

In appello l'originario ricorrente ha riproposto le medesime censure avanzate in primo grado ed ha criticato la sentenza.

Resiste il Comune di Bisceglie.

DIRITTO

L'appello è fondato per quanto di ragione.

Con il primo motivo di ricorso– diretto avverso la delibera n. 140 del 2007 di approvazione dei verbali della commissione giudicatrice e di individuazione del partner privato per la realizzazione degli interventi del piano di riqualificazione delle periferie con riferimento all'area cittadina compresa fra via Terlizzi, via Seminario e via San Giuliani - si lamenta l'illegittimità dell'esclusione e della mancata valutazione della società Valente Costruzioni, che con l'istante professor Parisi e con il professor Vincenzo Valente avevano presentato un'idea progettuale comune, trasmettendola in un unico plico.

Secondo l'appellante l'esclusione della società Valente Costruzioni non giustificerebbe il mancato esame della sua domanda e di quella del professor Vincenzo Valente, che

avrebbero dovuto essere valutate ciascuna in modo autonomo.

Il motivo è infondato.

Le domande , presentate in un'unica busta, anche se formalmente portate da distinti moduli (predisposti dall'amministrazione) sono riferite ad un'unica idea progettuale, esposta su due fogli - come sottolineato dalla sentenza di primo grado - e sottoscritta da tre soggetti.

Inoltre è evidente che le condizioni per il partenariato con l'amministrazione in relazione all'unica idea progettuale sarebbero state sussistenti solo in considerazione della capacità imprenditoriale della società Valente Costruzioni (rispetto alla quale l'esclusione è avvenuta per mancanza del certificato CCIAA).

L'appello sottolinea che i tre sottoscrittori della domanda non avevano espresso alcuna intenzione di costituire , fra loro, un raggruppamento di imprese, sicché le domande dovevano essere considerate come autonome e meritevoli di distinta considerazione ed esame.

Ma il Collegio ritiene che la qualità delle parti, due persone fisiche ed una società , unitamente alle modalità di presentazione delle domande in unico plico e con riferimento ad un'unica idea progettuale rende evidente che vi era un'unicità dell'iniziativa di manifestazione di interesse, che legittimava l'amministrazione a considerare unitariamente la proposta.

Il bando in questione prevede solo l'individuazione di un partner

per la costituzione di un rapporto di partenariato pubblico privato, è basata su idee progettuali, è aperta alla partecipazione degli abitanti, non impone in via esclusiva la previa costituzione di un'associazione temporanea essendo possibili a discrezione del Comune altre forme di inserimento collaborativo di singoli nel partenariato pubblico privato.

Inoltre ove si considerasse possibile la presentazione di una medesima idea progettuale da parte di più soggetti non in associazione fra loro (come imposto dal bando che tuttavia prevede anche altre forme di inserimento collaborativo da regolarsi nel successivo protocollo d'intesa) si violerebbe l'impostazione del bando che è basata sulla comparazione di idee progettuali diverse consentendo a più soggetti di essere in gara con la medesima idea (mentre il bando prevede il contrario la possibilità di presentare più idee da parte del medesimo soggetto ovvero la possibilità di più soggetti di presentare un'idea costituendosi in associazione temporanea di imprese ovvero, la possibilità di presentare una sola idea da parte di più soggetti anche non costituiti in associazione temporanea, allora dovendosi rimettere al successivo protocollo d'intesa la facoltà di precisare le forme ed i modi dell'inserimento collaborativo dei diversi presentatori del medesimo progetto non costituiti in associazione temporanea di impresa cfr. quanto previsto dal bando in tema di rapporto di partenariato).

L'appello muove inoltre da un presupposto (la mancanza

dell'impegno a costituire un'associazione temporanea) che obliterando la necessità – ricavabile da un'interpretazione rigorosa del bando - dell'associazione temporanea di imprese per presentare un'unica idea progettuale da parte di più soggetti, a ben vedere, conduce comunque all'esclusione della domanda del ricorrente in quanto, ammessa la esclusività della forma del raggruppamento nel caso di pluralità di soggetti presentatori, ci si troverebbe di fronte ad una manifestazione di interesse presentata senza le forme richieste per sostenere un'unica idea progettuale da parte di più soggetti.

Ove invece si ammettesse un'interpretazione del bando meno rigorosa per la quale più soggetti – in forza del potere dell'amministrazione di specificare successivamente all'individuazione del partner le forme di collaborazione- possano presentare un'unica idea progettuale senza astringersi al vincolo associativo temporaneo, allora con tutta evidenza ciò non comporterebbe alcun dovere dell'amministrazione di valutare separatamente le domande riferite alla medesima idea, dovendo intanto valutarsi l'idea per poi specificarsi le modalità di collaborazione.

Ne segue il rigetto del primo motivo del ricorso.

Con il secondo motivo di appello, sempre rivolto avverso gli atti della procedura selettiva, si denuncia l'incompetenza della Giunta comunale ad approvare l'avviso pubblico ed a nominare la Commissione giudicatrice nonché ad approvare i verbali della

stessa.

Si richiama l'art 107 del t.u.enti locali (d.lgs. n. 267 del 2000) che , al terzo comma , dispone testualmente:“Sono attribuiti al dirigente tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali, in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente ...b) la responsabilità delle procedure d'appalto”.

Si chiarisce che l'interesse del Parisi alla censura è un interesse strumentale, dovendosi procedere alla riedizione della procedura in caso di riconoscimento dell'esistenza di un vizio radicale del procedimento come l'incompetenza.

Nella specie si contesta l'incompetenza perché l'organo politico avrebbe 1) approvato il bando; 2) nominato la commissione (di indiscussa composizione tecnica); approvato gli atti della selezione .

Va rilevato in primo luogo che alla Giunta municipale spetta una competenza generale e residuale fra gli organi politici dell'ente locale.

Nell'ambito degli enti locali il consiglio comunale è chiamato ad esprimere gli indirizzi politici e amministrativi di rilievo generale, che si traducono in atti fondamentali di natura programmatica o aventi elevato contenuto di indirizzo politico, tassativamente elencati, mentre la giunta ha una competenza residuale in quanto compie tutti gli atti non riservati dalla legge

al consiglio comunale o non ricadenti nelle competenze del sindaco o di altri organi dell'ente (Consiglio Stato , sez. IV, 11 dicembre 2007 , n. 6358).

In quest'ottica, si è affermata la competenza del consiglio comunale in materia di servizi pubblici esclusivamente in ordine all'organizzazione dei servizi stessi ed agli atti espressione della funzione di governo con esclusione di quelli gestionali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 2005, n. 2324); lo stesso è a dire in materia di appalti pubblici, dove la competenza consiliare si è fatta discendere dall'applicazione di un doppio criterio selettivo: essere la gara non attuativa di precedenti atti fondamentali (approvati dal consiglio) e non rientrare nella ordinaria amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2005, n. 5668); ovvero in materia di alienazioni ed acquisiti immobiliari, dove si è fatta rientrare nella competenza del consiglio l'approvazione dell'acquisto isolato di un immobile di interesse culturale gravato da prelazione, in quanto la giunta comunale aveva operato al di fuori di qualsiasi indirizzo espresso dal consiglio in materia, ed anzi in contrasto con la delibera consiliare che aveva stabilito le modalità per l'attuazione del programma di acquisto di alloggi di edilizia residenziale pubblica (cfr. sez. IV, 24 giugno 2002, n. 3430, impropriamente richiamata a sostegno della propria tesi dalla società appellante).

Si è quindi ritenuta la legittimità della delibera di giunta di risoluzione, per grave inadempimento di una convenzione

urbanistica stipulata con privati, considerato che viene in rilievo un provvedimento a mezzo del quale l'ente ha espresso la propria volontà di adire le vie legali per proporre domanda di risoluzione per inadempimento della convenzione, attuativo, nella sostanza, delle presupposte delibere consiliari che avevano predisposto il quadro istituzionale relativo agli interventi di edilizia economica e popolare nel comune; l'atto è espressione in via immediata di attività di gestione ordinaria perché tale deve considerarsi quella volta a tutelare, in sede giudiziaria, le pretese dell'ente, ponendosi l'acquisto delle aree e degli edifici, realizzati medio tempore, quale conseguenza indiretta della sentenza di risoluzione (CdS IV n. 6358/2007).

Dal punto di vista strettamente formale è facile osservare – con riferimento al caso di specie - che nessuna delle disposizioni di cui si compone la norma che definisce le competenze del Consiglio Comunale fa riferimento all'attività di partenariato pubblico privato per promuovere progetti in ambito PIRP.

Inoltre il partenariato di cui si discute nasce da un atto generale della Regione Puglia (deliberazione giunta n. 870 del 2006) che, nell'ambito di un programma integrato di riqualificazione delle periferie, denominato PIRP , ne ha inquadrato finalità ed approvato lo schema di bando di gara.

Nessun dubbio può esservi, con tale atto a monte, circa la competenza della Giunta municipale a sollecitare manifestazioni di interesse dei privati al fine di presentare alla Regione idee

progettuali da finanziare.

Infatti la presenza di un fondamentale atto regionale, a monte della vicenda amministrativa in esame, consuma gli ipotizzabili spazi di intervento del Consiglio Comunale mentre l'iniziativa della promozione del partenariato pubblico privato si appalesa come scelta tecnico-politica di attivazione delle iniziative che ben può riportarsi alla competenza generale e residuale della Giunta, essendo anche relativa ai rapporti fra Comune e Regione.

Ciò premesso occorre verificare se la nomina della Commissione da parte della Giunta e l'approvazione degli atti di gara non siano invasivi della competenza dirigenziale.

Occorre, nella specie, ricordare che la giurisprudenza in tema di appalti, che è molto rigorosa nell'escludere ogni inframezzenza dell'organo politico, non rileva nel caso di specie.

Infatti la procedura in esame è finalizzata a costituire uno stabile rapporto fra l'amministrazione e privati non solo per l'esecuzione di un contratto di appalto ma per selezionare idee progettuali da presentare alla Regione al fine di ottenere finanziamenti per la realizzazione di una trama complessa di interventi urbanistici incidenti sulla qualità della vita degli abitanti del comune e sulla vivibilità delle periferie.

Circa la nomina della commissione, tenuto conto di quanto appena rilevato in ordine all'ampiezza degli interessi implicati nel rapporto di partenariato, rileva quanto stabilito da quell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'art. 32 lett. m) l. 8

giugno 1990 n. 142 – oggi riversato nella corrispondente norma nel t.u. enti locali ossia nell'art. 42 del t.u. - limita la competenza del consiglio comunale alla sola deliberazione degli appalti dell'ente locale - quando non siano già espressamente previsti in atti fondamentali del consiglio stesso -, gli atti attuativi degli appalti, tra cui la nomina della commissione giudicatrice di una gara, spettando alla giunta, organo di gestione a competenza generale, oppure ad altri organi dell'ente, se a questi li riserva espressamente una norma o lo statuto dell'ente stesso (Consiglio Stato , sez. V, 30 novembre 2000 , n. 6354).

L'art. 42 lett. 1) dell'attuale testo unico prevede che al consiglio spettino “competenze in materia di acquisti e alienazioni immobiliari, relative permuta, appalti e concessioni che non siano previsti espressamente in atti fondamentali del consiglio o che non ne costituiscano mera esecuzione e che, comunque, non rientrino nella ordinaria amministrazione di funzioni e servizi di competenza della giunta, del segretario o di altri funzionari” con ciò confermando lo spazio della competenza giuntale in materia.

Inoltre non può non rilevare la circostanza che la composizione della commissione era tecnica e si concretava nella presenza dei dirigenti che, con tutta evidenza, non avrebbero potuto nominare se stessi.

Per lo stesso motivo – presenza dei dirigenti amministrativi (rispettivamente della ripartizione tecnica , della ripartizione amministrativa, della vigilanza e polizia amministrativa) nella

commissione di valutazione dei progetti – non appare violare il principio di separatezza fra politica ed amministrazione la competenza riservata alla Giunta di approvare i verbali della gara, attesa anche la necessità di recepire le risultanze della gara in una determinazione amministrativa che, costituendo il partenariato, avviasse l'iniziativa nei confronti della Regione.

Nessuna violazione dell'art. 107 del t.u. è ravvisabile nella specie, per quanto già detto, e rileva la giurisprudenza richiamata dall'appellante, tutta relativa a semplici procedure d'appalto, senz'altro prive dei connotati di specificità già indicati.

Ne consegue il rigetto del secondo motivo di ricorso.

Con il terzo motivo del ricorso originario, riproposto in appello (pag. 10 e ss. dell'atto di appello) si lamenta la violazione dei principi generali in materia di astensione degli amministratori pubblici, in quanto a diversi atti della procedura espropriativa susseguente l'affidamento, hanno preso parte soggetti non in posizione di imparzialità.

L'appellato COMUNE DI BISCEGLIE rileva che l'appellante – legittimamente escluso dalla procedura selettiva – non ha più interesse a gravarsi avverso gli atti successivi.

Non è contestato tuttavia che il ricorrente sia proprietario di aree insistenti nell'ambito PIRP coinvolte dalle procedure espropriative sicché, sotto tale profilo, non è discutibile che egli abbia interesse ad impugnare.

Né l'estraneità delle delibere impugnate rispetto alla procedura concorsuale può condurre a ritenere l'inammissibilità della censura proposta con il terzo motivo di appello e del ricorso originario.

Infatti già il Tar ha ritenuto ammissibile – con valutazione che il giudice d'appello condivide – il terzo motivo del ricorso in forza del collegamento esistente fra gli atti impugnati: in particolare la procedura di selezione ed il piano di riqualificazione costituiscono due fasi di un complesso procedimento in cui in un primo momento si individua un'idea progettuale con il concorso degli abitanti di una certa zona e in un secondo momento si passa alla fase realizzativa.

La relativa eccezione di inammissibilità del terzo motivo di ricorso – basata sul difetto di collegamento fra gli atti impugnati - deve quindi essere rigettata, confermando sul punto la statuizione del giudice di primo grado.

Quanto all'eccezione di tardività dell'impugnazione perché decorrente dall'esecutività della delibera e non dalla pubblicazione (pag. 17 della memoria dell'appellato) essa è infondata.

Il termine per l'impugnazione degli atti generali (nella fattispecie, approvazione di PIRP ed atti connessi), che non richiedono una comunicazione o notificazione individuale e per i quali è prevista la pubblicazione, decorre, ai sensi dell'art. 21 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, dal giorno successivo a quello ultimo di pubblicazione,

ovvero dalla data di esecutività degli stessi allorché questa risulti successiva a quella dell'ultimo giorno di pubblicazione . La data di esecutività , ai fini dell'individuazione del termine per l'impugnativa dei predetti atti, assume rilevanza unicamente nell'ipotesi che la stessa sia successiva a quella dell'ultimo giorno di pubblicazione e non anche, come nella specie, allorché la stessa sia anteriore a tale data (la deliberazione è stata dichiarata, infatti, immediatamente eseguibile). Ciò nella considerazione che presupposto dell'impugnazione dei provvedimenti amministrativi non è soltanto la loro esecutività e, quindi, la loro lesività, ma anche e soprattutto la loro conoscenza da parte degli interessati, che per gli atti generali soggetti a pubblicazione , si verifica al termine fissato dalla legge per la loro pubblicazione.

Va quindi esaminato il merito della censura che l'appellato COMUNE ritiene infondata in quanto gli atti impugnati non atterrebbero propriamente alla individuazione dei suoli oggetto di riqualificazione.

Va in contrario osservato che la deliberazione del Consiglio Comunale n. 51 del 2007 (doc. 12 della produzione dell'appellante in primo grado) approva il PIRP ed anche , contestualmente, “lo strumento urbanistico esecutivo in variante al PRG con contestuale apposizione del vincolo preordinato all'espropriazione” (pag 7 della delibera impugnata).

Con ciò è evidente che il contenuto degli atti impugnati non è meramente programmatico ma finalizzato da un'attività

espropriativa di suoli incidente sul patrimonio dell'appellante.

La delibera consiliare n. 50 del 2007 di modifica del programma triennale delle opere pubbliche è chiaramente prodromica alla delibera n. 51 del 2007.

Le delibere giuntali n. 92 e n. 93 recanti mera approvazione di progetti preliminari di edilizia sovvenzionata e di opere di urbanizzazione sono chiaramente riferibili allo stesso programma di riqualificazione che il ricorrente quale proprietario escluso dal partenariato ma inciso dalle procedure espropriative ha interesse a far valutare nella sua legittimità.

L'art. 78 del d.lgs. n. 267/2000 dispone testualmente al secondo comma: "Gli amministratori di cui all'art. 77, comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini fino al quarto grado. L'obbligo di astensione non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti ed affini entro il quarto grado.

In punto di fatto vengono segnalate dall'appellante le seguenti circostanze:

- 1) il consigliere comunale Antonio Rossi ha preso parte ed ha votato all'adunanza del Consiglio Comunale del 12 maggio 2007, che ha portato all'adozione della deliberazione n. 51 che ha

approvato la proposta di programma integrato di riqualificazione delle periferie nonostante il proprio zio Vittorio Di Gregorio sia l'amministratore unico della ARCO srl di una società individuata per la realizzazione nell'ambito del PIRP di alloggi e locali commerciali per edilizia privata;

2) il consigliere comunale Leonardo Di Liddo ha partecipato alla medesima seduta del Consiglio Comunale ed ha votato la deliberazione n. 51 del 2007 pur essendo nipote (parente entro il quarto grado) del sig. Carlo Giovanni Di Liddo, presidente della cooperativa San Filippo Neri, assegnataria del suolo e per la realizzazione di un intervento edilizio nell'ambito del PIRP, comportante proprio l'esproprio dell'area del ricorrente;

3) Il consigliere Valente Vincenzo è comproprietario della particella 2562 che rientra nell'intervento 2 previsto dal PIRP e si è impegnato, mediante protocollo con la Costruzioni San Francesco srl a permutare l'area ovvero a monetizzarla e vanta quindi un concreto interesse all'approvazione dello stesso, egli ha partecipato alla discussione ed ha votato la delibera n. 50 del 2007 di modifica del piano triennale delle opere pubbliche che ha reso possibile l'approvazione del PIRP;

4) L'assessore Antonia Spina è comproprietaria (unitamente alla società San Francesco) di alcuni suoli che rientrano nelle aree PIRP ma, ciononostante, ha preso parte all'adozione di delibere giuntali n. 92 e 93 del 2007 recanti l'approvazione di progetti preliminari e di opere di urbanizzazione in ambito PIRP.

I documenti da 1 a 10 della produzione di primo grado del 27 agosto 2007, non specificamente contestati, ~~co~~provano tali circostanze e l'intreccio di interessi evidenziato.

Va ricordato che il dovere di astensione si impone, "ex ante", ogni qualvolta, incidendo l'atto da adottare su un interesse dell'amministratore, in senso vantaggioso o svantaggioso, vi sia il pericolo che la volontà dello stesso non sia immune da condizionamenti, con la conseguente invalidità della deliberazione adottata con il concorso di chi avrebbe dovuto astenersi, a prescindere dai vantaggi o svantaggi in concreto conseguiti (Consiglio Stato , sez. IV, 17 luglio 1996 , n. 860).

In particolare si è in passato ritenuto che l'art. 290 r.d. 4 febbraio 1915 n. 148 - norma analoga a quella richiamata nell'attuale giudizio) - il quale prevede il dovere di astensione di amministratori provinciali e comunali in relazione a deliberazioni riguardanti interessi propri, non distingue tra delibere che arrecano un vantaggio o uno svantaggio all'amministrazione e delibere che evitano uno svantaggio e deve ritenersi che negli uni e nell'altro caso vi sia una situazione di interesse, in quanto non può negarsi che, in astratto, la volontà dell'amministrazione non è imparziale e libera da condizionamenti sia quando la delibera gli arreca un vantaggio o uno svantaggio, sia quando gli evita uno svantaggio che a medesima delibera pone a carico di altri soggetti, dato che alla base delle norme che impongono il dovere di astensione agli amministratori pubblici non vi è la sfiducia

sulla capacità del singolo amministratore di saper decidere anche contro il proprio personale interesse, ma piuttosto l'esigenza di assicurare che gli stessi possano operare senza condizionamenti di sorta, e che sia garantita agli utenti la trasparenza dell'azione amministrativa; ne consegue che il dovere di astensione si impone, "ex ante", ogni qualvolta, incidendo l'atto da adottare su un interesse dell'amministratore, in senso vantaggioso o svantaggioso, vi sia il pericolo che la volontà dello stesso non sia immune da condizionamenti, e che si ha invalidità della delibera adottata con il concorso di chi avrebbe dovuto astenersi, a prescindere dai vantaggi o svantaggi in concreto conseguiti (nel caso di specie il Sindaco, proprietario di un terreno edificabile incluso in un piano attuativo, non si era astenuto in occasione della approvazione dello stesso) (Consiglio Stato , sez. IV, 17 luglio 1996 , n. 860).

Del pari si è ritenuto che nel caso in cui la realizzazione di un'opera pubblica comporti la valorizzazione di terreni limitrofi, il consigliere comunale che sia proprietario di detti terreni ha l'obbligo di astenersi dal partecipare alla relativa delibera, a norma dell'art. 176, ordinamento enti locali (OEL) in Sicilia, approvato con d.P.reg.sic. 29 ottobre 1955 n. 6 e successive modifiche e integrazioni (Cons.giust.amm. Sicilia , 02 novembre 1988 , n. 175).

Seppure con riferimento al quadro normativo precedente il testo unico si è ritenuto che l'obbligo di astensione e allontanamento

dalla seduta di cui agli art. 290 r.d. n. 148 del 1915 e art. 279 r.d. n. 383 del 1934 sorge per il solo fatto che il consigliere comunale rivesta una posizione suscettibile di determinare, anche in astratto, un conflitto di interesse, a nulla rilevando che lo specifico fine privato sia stato o meno realizzato e che si sia prodotto o non un concreto pregiudizio per la p.a., ferma restando la necessità di una correlazione immediata e diretta fra la posizione del consigliere e l'oggetto della deliberazione (fattispecie in tema di esproprio e di autorizzazione all'occupazione e immissione in possesso) (Consiglio Stato, sez. IV, 03 settembre 2001, n. 4622).

Più di recente – confermando gli insegnamenti risalenti e costanti della giurisprudenza - si è stabilito che l'obbligo di astensione che incombe sugli amministratori comunali in sede di adozione (e approvazione) di atti di pianificazione urbanistica sorge per il solo fatto che, considerando lo strumento stesso l'area alla quale l'amministratore è interessato, si determini il conflitto di interessi, a nulla rilevando il fine specifico di realizzare l'interesse privato e/o il concreto pregiudizio dell'amministrazione pubblica; tale obbligo, che trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e trasparenza che deve caratterizzare l'azione amministrativa, ai sensi dell'art. 97 Cost., essendo finalizzato ad assicurare soprattutto nei confronti di tutti gli amministrati la serenità della scelta amministrativa discrezionale costituisce regola di carattere generale, che non ammette deroghe ed

eccezioni e ricorre, quindi ogni qualvolta sussiste una correlazione diretta ed immediata fra la posizione dell'amministratore e l'oggetto della deliberazione, pur quando la votazione non potrebbe avere altro apprezzabile sito e quand'anche la scelta fosse in concreto la più utile e la più opportuna per lo stesso interesse pubblico (Consiglio Stato, sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2826).

In sostanza come ripetutamente ricordato dalla giurisprudenza di questo consesso, l'obbligo di astensione che incombe sugli amministratori comunali in sede di adozione (e di approvazione) di atti di pianificazione urbanistica sorge per il solo fatto che, considerando lo strumento stesso l'area alla quale l'amministratore è interessato, si determini il conflitto di interessi, a nulla rilevando il fine specifico di realizzare l'interesse privato e/o il concreto pregiudizio dell'amministrazione pubblica (C.d.S., sez. IV, 3 settembre 2001, n. 4622; 5 luglio 2000, n. 3734; 18 maggio 1998, n. 827).

Tale obbligo, che trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e trasparenza che deve caratterizzare l'azione amministrativa, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione, essendo finalizzato ad assicurare soprattutto nei confronti di tutti gli amministrati la serenità della scelta amministrativa discrezionale (C.d.S., sez. IV, 23 febbraio 2001, n. 1038; 23 settembre 1996, n. 1035; 20 settembre 1993, n. 794) costituisce regola di carattere generale, che non ammette deroghe ed

eccezioni e ricorre quindi ogni qualvolta sussiste una correlazione diretta ed immediata fra la posizione dell'amministratore e l'oggetto della deliberazione, pur quando la votazione non potrebbe avere altro apprezzabile esito e quand'anche la scelta fosse in concreto la più utile e la più opportuna per lo stesso interesse pubblico (C.d.S., sez. IV, 12 dicembre 2000, n. 6596; 22 febbraio 1994, n. 162).

In conclusione il dovere di astensione degli amministratori locali sussiste in tutti i casi in cui questi ultimi versino in situazioni che, avuto riguardo al particolare oggetto della decisione da assumere, appaiano anche potenzialmente idonee a porre in pericolo l'assoluta imparzialità e la serenità di giudizio dei titolari dell'ente stesso (Consiglio Stato, sez. V, 23 febbraio 2001, n. 1038).

Nella specie sono stati documentati rapporti di parentela e situazioni proprietarie che avrebbero dovuto indurre gli amministratori ad astenersi.

Né può ritenersi che la diretta correlazione debba esistere con la scelta del partner privato –come erroneamente ritenuto dal Tar– in quanto è evidente che, una volta individuati i partners, essi (ed i loro parenti) sono direttamente interessati allo sviluppo successivo dell'azione amministrativa in modo tale da condizionarne la serenità e l'assoluta imparzialità.

L'obbligo di astensione del titolare di un pubblico ufficio opera indipendentemente dall'applicazione della cosiddetta prova di

resistenza (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 19 luglio 2005, n. 3396), in quanto la semplice partecipazione alla seduta e alla discussione in posizione di non assoluta imparzialità può in astratto contribuire ad influenzare il voto degli altri componenti del consesso.

Ciò perché come si è dimostrato l'obbligo di astensione degli amministratori locali costituisce principio di carattere generale, che non ammette deroghe ed eccezioni e ricorre ogniqualvolta sussiste una correlazione diretta fra la posizione dell'amministratore e l'oggetto della deliberazione, anche se la votazione non potrebbe aver altro apprezzabile esito (quindi a prescindere dall'applicazione della c.d. prova di resistenza) e quand'anche la scelta sia in concreto la più utile ed opportuna per lo stesso interesse pubblico.

Ne consegue l'annullamento dei seguenti atti: deliberazioni di G.C. n. 92 e 93 del 2 aprile 2007 e deliberazioni del Consiglio Comunale n. 50 e 51 del 12 maggio 2007.

Si ritiene di poter prescindere – per assorbimento – dalla trattazione dei restanti motivi di ricorso con esclusione, per compiutezza dell'effetto conformativo della decisione, di quello relativo al mancato rispetto delle garanzie procedurali proposta con il quinto motivo con il quale si lamentava che la deliberazione n. 51 del 2007 pur imponendo espressamente il vincolo espropriativo non era stata preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento.

Il Tar ha rigettato la censura rilevando che la deliberazione si era limitata all'adozione del piano da approvarsi mediante sottoscrizione di un accordo di programma con la Regione Puglia da ratificare in Consiglio Comunale ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 267 del 2000.

La statuizione del Tar merita conferma.

Sulla violazione dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento occorre ricordare che se è vero che la legge n. 241/1990 ha inteso attuare un'espansione delle istanze partecipative in funzione democratica e di trasparenza, al fine di consentire, attraverso il contraddittorio, la tutela delle ragioni del cittadino e la contestuale garanzia del buon andamento amministrativo quale si ha nel caso in cui l'istruttoria sia aperta, informata, partecipata, completa ed esauriente, tuttavia tale obbligo non appare incondizionato.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha escluso che si debba dare la comunicazione quando sussistano particolari esigenze di celerità (CdS Sez. II 12/2/1993 n. 392/92 CdS V n. 111/1996), non vi siano soggetti tenuti a partecipare al procedimento o comunque destinatari del provvedimento finale o si tratti di atti normativi o di carattere generale (CdS VI n. 214/1995), nel caso di atti vincolati, salvo che sia da approfondire il presupposto fattuale dell'atto, perché contestato (CdS V, n. 1562/95; CdS V n. 1223/1996) in tutti gli altri casi in cui la comunicazione risulti superflua per avere comunque l'interesse protetto ricevuto tutela

(CdS V n. 283/1996).

In tema di procedure di esproprioè d'obbligo il riferimento al noto arresto del CdS Ad. Plen. n.14/1999 che ha escluso che vi sia un'urgenza qualificata ex lege nel caso di procedure ablatorie connotate da dichiarazione legale ed astratta di indifferibilità ed urgenza.

Si tratta di una sentenza "storica" che ha esteso i principi partecipativi alla materia dell'espropriazione, seguita da CdS Ad. Plen. n. 2/2000, che ne ha tratto la logica conseguenza dell'efficacia invalidante della dichiarazione di pubblica utilità non preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento rilevando anche che viene invalidato il successivo provvedimento di occupazione di urgenza

La materia è ora regolata dagli artt. 10 ed 11 del Dpr n. 327 del 2001 che ha imposto la comunicazione di avvio del procedimento all'atto di adozione di una variante al PRG solo quando questa riguardi una singola opera pubblica mentre nei casi diversi (ivi compreso quello legato – come nella specie – all'accordo di programma) sarà sufficiente darne comunicazione venti giorni prima della sottoscrizione dell'accordo se ciò risulti compatibile con le esigenze di celerità del procedimento.

Sussistono giusti motivi in considerazione delle alterne vicende della lite, per compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ,

definitivamente pronunciando, sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte, nei sensi e nei limiti di cui in parte motiva ed, in riforma della sentenza impugnata, annulla gli atti impugnati indicati in motivazione.

Compensa integralmente le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 21 aprile 2009, con la partecipazione di:

Stefani Baccarini	Presidente
Claudio Marchitiello	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere
Giancarlo Montedoro	Consigliere
Angelica Dell'Utri Costagliola	Consigliere
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Giancarlo Montedoro	f.to Stefano Baccarini

IL SEGRETARIO

f.to Agatina M. Vilaro

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....17/11/09.....

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

IL DIRIGENTE
f.to Livia Patroni Griffi