

sabato 3 ottobre 2009

AMMINISTRATIVO/ giurisdizioni
di merito

Articoli - Quotidiano del:
22/12/2007

Appalto di opere pubbliche: la simulazione del Consorzio è motivo idoneo (anche a distanza di anni) per l'annullamento dell'aggiudicazione

(Tar Calabria, sede di Catanzaro, sezione seconda, ordinanza n. 855/07; depositata il 6 dicembre)

di

Luigi Ciambrone e Antonella Mascaro*

La vicenda. L'Azienda Sanitaria Provinciale di Vibo Valentia nell'anno 2003 deliberava di procedere all'indizione di un appalto per la costruzione del Nuovo Presidio Ospedaliero della città.

Si aggiudicava la gara un Consorzio pugliese (denominato T.I.E.) e nell'anno 2004 si procedeva all'aggiudicazione e alla stipula del relativo contratto (per un importo di Euro 23.600.000,00) tra la Stazione Appaltante ed il Consorzio precitato. La vicenda oltre a rappresentare l'oggetto del più grande scandalo mai scoperto nella storia di Vibo Valentia, affonda le sue radici e si snoda temporalmente in quella "strana" gara di aggiudicazione svoltasi tra il novembre 2003 ed il gennaio 2004. Nel frattempo la Procura della Repubblica di Vibo Valentia avviava una indagine, denominata «Operazione Ricatto», sul Consorzio TIE, ed emergeva come lo stesso fosse una «scatola vuota» senza mezzi, né risorse finanziarie, che avrebbe vinto la gara grazie ad un vorticoso giro di tangenti e ad appoggi romani in ambienti istituzionali. Alcune ditte interpellate dichiaravano di non aver mai aderito al Consorzio in parola e riscontravano una falsificazione di atti e documenti. Ovviamente il cantiere veniva posto sotto sequestro e si depositavano richieste di misura custodiale in carcere per tutto l'*ex management* dell'A.S.P. di Vibo Valentia sino agli alti gradi gerarchici dell'Assessorato Regionale alla Salute. L'A.S.P. vibonese, nei suoi nuovi vertici, decideva di costituirsi parte civile ed avviava le procedure amministrative che dovevano portare all'assunzioni di decisioni sulla precitata gara di appalto ed il relativo contratto. Veniva nominato un *pool* di consulenti e tecnici, oltre ad una Commissione d'Inchiesta Regionale e Nazionale, che doveva indirizzare il nuovo *Management* nelle decisioni più opportune e tecnicamente corrette. All'esito di un delicato e complesso lavoro la scrivente difesa, in

veste di consulenti, invitava la P.A. ad adottare una delibera di annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto con caducazione automatica del relativo contratto. L'A.S.P. vibonese emetteva la delibera nr. 137 del 15 giugno 2007 (conforme al parere *pro veritate*), dopo aver avviato un regolare procedimento amministrativo, che il Consorzio T.I.E. impugnava innanzi il Tar Calabria. L'Azienda Sanitaria si costituiva in giudizio, attraverso il patrocinio della scrivente difesa, con deposito di memoria e fascicolo di parte contenente oltre 30.000 copie tra atti e documenti.

La decisione. In data 06.12.2007 il Tar Calabria, Sez. II, in sede cautelare ha respinto l'istanza di sospensione ed ha considerato che l'annullamento dell'aggiudicazione era esaustivamente motivato con riferimento al fatto che l'accertamento della simulazione del consorzio aveva privato la stazione appaltante dei soggetti esecutori del 50% dei lavori di edilizia e del 50% dei lavori di impiantistica. Anche sotto il profilo del *periculum in mora* il Collegio, recependo le istanze difensive dell'A.S.P., rilevava che i lavori erano fermi da almeno due anni e quindi nessun pregiudizio era da ravvisarsi in capo al consorzio in questione. La problematica di diritto sottoposta al Tar Calabrese merita alcune riflessioni. La delibera dell'A.S.P. ha annullato l'aggiudicazione di un contratto mentre la esecuzione dello stesso era già in corso (sul cantiere erano stati già eseguiti alcuni lavori di movimento terra) e il caso era stato già affrontato, seppur sotto diversi aspetti, da Tar Campania Napoli, Sez. I, del 15 luglio 2003 n. 8237 (con commento di Felice Ancora su Giur. Merito 2004). Nel rimandare allo scritto precitato si citava Tar Calabria, Catanzaro, 13 ottobre 2003, n. 2881 che era nettamente orientato nel senso della nullità del contratto di appalto. Com'è noto così recita l'art. 345, della legge 2248/1865, «È facoltativo all'Amministrazione di risolvere in qualunque tempo il contratto mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite» (così anche l'art. 122, comma 1, del d.P.R. n. 554 del 1999). L'art. 1671 cod. civ. così recita: «Il committente può recedere dal contratto, anche se è iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno». Si è dedotto da queste norme che la sorte del contratto resta a discrezione dell'Amministrazione, alla quale risulta attribuito un potere di disposizione tale da distruggere l'essenza stessa del vincolo contrattuale. Nel caso di appalto di oo.pp. non si ravvisa, a parere della scrivente difesa, una diversità di funzione e di struttura tra l'atto di recesso ai sensi dell'art. 1671 cod. civ. e l'atto di recesso ai sensi dell'art. 345 legge ll.pp. Il punto in cui il recesso *ex art.*

1671 cod. civ. e quello *ex art.* 345 legge II,pp. differiscono, concerne solo la disciplina delle conseguenze economiche. Interpretando la rescissione e/o risoluzione contrattuale come una patologia che si inserisce **sugli effetti del contratto di appalto** già stipulato, nessuna impugnativa innanzi il Giudice amministrativo era consentita al Consorzio dalle norme vigenti per come interpretate. Infatti, di recente, lo stesso Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 08 marzo 2005 n. 950 ha stabilito che «[...] *sussiste il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo quando viene in rilievo una controversia sulla risoluzione di un contratto d'appalto di lavori pubblici. Disposta unilateralmente dalla P.A., poiché la questione involge posizioni di diritto soggettivo*». È quanto ha precisato la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza precitata, evidenziando, inoltre, che bisogna guardare, al fine di considerare competente il Giudice Ordinario, la fase meramente esecutiva del contratto di appalto. Diversamente, se ne ravvisa traccia in Dottrina e in Giurisprudenza, se la rescissione e/o risoluzione del contratto di appalto si dovesse interpretare come un fenomeno patologico, che si inserisce nella **fase genetica** del rapporto, allora si avrebbe il fenomeno cosiddetto della regressione dell'appalto alla fase preliminare dell'aggiudicazione e quindi di competenza del Giudice Amministrativo. Al concetto di frode si riferisce anche l'art. 118 del d.P.R. n. 554 del 1999, che accomuna le altre ipotesi dell'intervenuta applicazione di una o più misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, nonché della violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro.

Com'è noto, a differenza che per il passato, l'art. 118 richiede che l'accertamento della frode sia contenuto in una sentenza passata in cosa giudicata (in relazione al principio di non colpevolezza sancito nell'art. 27 della Costituzione).

In altri termini, nella vicenda in esame, il Consorzio che doveva eseguire i lavori aveva consorziato delle ditte senza che quest'ultime ne avessero mai fatto richiesta. Eppure le ditte fraudolentemente consorziate rappresentavano il 50% dei lavori di edilizia ed il 50% dei lavori di impiantistica. È di tutta evidenza che la P.A. è stata indotta fraudolentemente all'aggiudicazione dell'appalto e alla stipulazione del consequenziale contratto.

L'A.S.P. di Vibo Valentia ha deciso di colpire l'appalto dell'importante Opera Pubblica a "monte" (la fase di aggiudicazione) e non a "valle" (il contratto). Si è ritenuto di aderire alla tesi che considera caducato automaticamente il contratto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, e quindi per il concetto di nullità dello stesso. Il Tar Calabrese, nella fase di merito, dovrà affrontare più partitamente la problematica di diritto sottoposta al suo esame ma, in sede incidentale, ha sancito

un principio importante ovvero la simulazione del Consorzio aggiudicatario costituisce un comportamento fraudolento senza il quale la P.A. non si sarebbe mai indotta a stipulare il relativo contratto. Ciò in quanto la Stazione Appaltante viene privata della reale possibilità di realizzare l'Opera Pubblica (nel caso di specie venivano meno due ditte che, da sole, rappresentavano il 50% dei lavori di edilizia ed il 50% dei lavori d'impiantistica) con violazione dell'interesse collettivo, che prevale su quello privato, se finalizzato alla celere realizzazione dell'Opera (Tar Calabria Catanzaro, Sezione II, ordinanza n. 86/2007 dell'08 febbraio 2007).

Anche a distanza di ben tre anni dalla stipulazione del contratto si può procedere all'annullamento dell'aggiudicazione dell'Appalto se si riscontra un caso di simulazione ovvero frode contrattuale a danno della P.A..

**Avvocati*

[Indietro](#)