

GIURISPRUDENZA

(da Edilizia e Territorio)

■ **Progettazione, l'urgenza può giustificare la trattativa privata senza pubblicità**

DI ROBERTO MANGANI

La necessità di rispettare un termine per l'ottenimento di tutti i provvedimenti autorizzativi funzionali all'avvio dei lavori, previsto da un contratto preliminare di compravendita dell'area su cui andrà realizzata l'opera, costituisce legittimo motivo di urgenza, che come tale giustifica il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicità (nonché della direzione lavori).

E questa l'affermazione principale contenuta nella sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 10 novembre 2010, n. 8006, che presenta un particolare interesse perché, diversamente da quanto accade nella maggioranza dei casi portati davanti al giudice amministrativo, non "boccia" l'urgenza quale presupposto per il legittimo ricorso alla procedura negoziata.

Il giudice amministrativo ha infatti ritenuto che nel caso di specie l'ente committente abbia fatto un corretto utilizzo della procedura negoziata, proprio in virtù della situazione di estrema urgenza in cui si è trovato a operare.

Interessanti sono anche le affermazioni in merito alla legittimazione ad agire in giudizio degli Ordini professionali, che viene circondata di alcuni limiti in relazione alle caratteristiche proprie delle questioni oggetto di contestazione.

Il fatto

Un ente committente aveva svolto una procedura negoziata senza pubblicità per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva e della direzione lavori relativamente ai lavori di ampliamento di una discarica.

A giustificazione della scelta di svolgere una procedura negoziata l'ente

committente aveva posto l'esistenza di una condizione di estrema urgenza. Ciò a causa di una specifica clausola contenuta nel contratto preliminare di compravendita avente a oggetto l'area sulla quale doveva essere realizzato l'ampliamento della discarica.

Tale clausola stabiliva che l'opzione all'acquisto dovesse essere esercitata entro 18 mesi dalla stipula del preliminare. A tal fine entro tale termine dovevano essere ottenuti tutti i provvedimenti previsti dalla normativa per la realizzazione della discarica. In caso contrario le parti erano svincolate dall'impegno preliminare, con rinuncia a qualsiasi diritto, pretesa o azione. Era quindi evidente che, con sufficiente anticipo rispetto al termine dei 18 mesi, doveva essere predisposta la progettazione dell'opera, presupposto indefettibile ai fini dell'ottenimento dei richiesti provvedimenti autorizzativi.

Da qui la condizione di urgenza individuata dall'ente committente e, di conseguenza, il ricorso alla procedura negoziata che in verità veniva utilizzata, oltre che per la scelta del progettista, anche per l'affidamento contestuale della direzione lavori.

Questa modalità operativa è stata contestata dall'Ordine provinciale degli ingegneri, che ha mosso una serie articolata di censure contro la procedura utilizzata. La prima e principale censura è stata proprio quella relativa alla condizione di estrema urgenza che, ad avviso del ricorrente, non sussisteva nel caso di specie.

L'Ordine degli ingegneri ha infatti rilevato che la stipula del contratto preliminare di vendita era stata preceduta da lunghissime trattative.

Di conseguenza l'ente committente, essendo ben consapevole durante lo svolgimento di tali trattative di quello che sarebbe stato il contenuto del contratto preliminare — e in primo luogo dell'esistenza di un termine che imponeva la disponibilità tempestiva della progettazione — avrebbe dovuto comportarsi di conseguenza. In sostanza, secondo il ricorrente l'ente committente avrebbe dovuto avviare la procedura per l'affidamento della progettazione già durante lo svolgimento delle trattative; e, in questo

caso, ci sarebbero stati i tempi per svolgere una ordinaria procedura di gara. Accanto a questa censura principale il ricorrente ne ha avanzate di ulteriori. Due in particolare meritano attenzione.

Con la prima è stato sostenuto che la procedura negoziata è stata utilizzata al di là dello stretto necessario, in quanto oggetto di affidamento non è stato solamente l'incarico di progettazione ma anche quello, correlato, della direzione lavori, che in realtà riguardava prestazioni che dovevano essere rese molto al di là nel tempo. In questo modo si è violato il dettato normativo che, anche laddove individua l'urgenza come condizione di legittimo ricorso alla procedura negoziata, ne circoscrive l'applicazione alla «misura strettamente necessaria». In sostanza, anche ammesso che il ricorso alla procedura negoziata potesse considerarsi legittimo per l'affidamento della progettazione, non poteva mai ritenersi tale per l'affidamento della direzione lavori, considerato il lungo lasso di tempo esistente prima dello svolgimento delle relative prestazioni. Il che avrebbe consentito, almeno per queste prestazioni, il ricorso a una ordinaria procedura di gara per il relativo affidamento.

La seconda censura da segnalare è quella relativa alla presunta violazione dei canoni di pubblicità e trasparenza, conseguente alla circostanza che l'esame delle offerte pervenute non era stato effettuato in seduta pubblica. Sotto questo profilo l'Ordine professionale sarebbe portatore di un interesse generale al rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza, tutelabile in sede giurisdizionale.

L'urgenza

Il tema dell'urgenza e della sua idoneità a consentire il ricorso alla procedura negoziata in luogo delle ordinarie procedure di gara rappresenta il cuore del ricorso proposto e, conseguentemente, delle relative pronunce giurisprudenziali.

Va subito detto che, sotto questo profilo, tanto il giudice di primo grado che il Consiglio di Stato con la sentenza in commento respingono le censure avanzate dal ricorrente e pro-



muovono, di fatto, le scelte effettuate dall'amministrazione. In particolare il Consiglio di Stato non omette di ricordare come l'indagine in merito alla sussistenza del requisito dell'urgenza debba essere improntata al massimo rigore. L'urgenza, in primo luogo, deve derivare da eventi imprevedibili e non imputabili all'ente appaltante. Non è tale, quindi, la condizione di urgenza che deriva da una carenza di adeguata organizzazione o programmazione dell'ente o che sia stata prodotta a seguito di sua inerzia o responsabilità. Ad avviso del giudice amministrativo nel caso di specie non ricorre alcuna delle indicate situazioni. La condizione di urgenza, infatti, si è creata per un dato oggettivo rispetto al quale l'amministrazione non ha tenuto alcun comportamento negligente. Né vale obiettare, al riguardo, in merito a un'eccessiva durata delle trattative per la stipula del preliminare. Questa infatti non può in alcun

modo essere addebitata a negligenza dell'ente appaltante, risultando piuttosto come la naturale evoluzione di negoziati complesse.

Non vale neanche sostenere che, già nel corso della trattativa e in relazione all'evolversi della stessa, l'ente pubblico avrebbe disposto di elementi sufficienti ad avviare da subito, con le ordinarie procedure di gara, la selezione dell'affidatario dell'incarico di progettazione.

Correttamente il Consiglio di Stato rileva che solo successivamente alla definitiva chiusura della negoziazione è sorta effettivamente l'esigenza di disporre in tempi rapidi della progettazione. Avviare prima di tale momento una qualunque procedura di selezione 'sarebbe stato contrario ai principi di buona e prudente amministrazione, anche con possibili profili di responsabilità in capo all'ente committente.

In linea generale le argomentazio-

ni del Consiglio di Stato appaiono convincenti. Da esse emerge che il requisito dell'urgenza, se sorretto da un'adeguata motivazione, ben può resistere a un sindacato giurisdizionale. Il rigore che viene normalmente usato dai giudici amministrativi tende a colpire gli abusi che spesso fanno riferimento all'urgenza per coprire carenze o responsabilità dell'ente appaltante.

Ma se la situazione oggettiva evidenzia un'effettiva condizione di urgenza, ciò rende legittimo il ricorso a quella forma semplificata di contrattazione rappresentata dalla procedura negoziata.

Il ruolo degli Ordini

Tra i motivi di ricorso è stato avanzato anche quello relativo alla mancata osservanza dell'obbligo di seduta pubblica in fase di apertura delle offerte. Il Consiglio di Stato ha ritenuto tale motivo di censura inammissibile in relazione alle caratteristiche del ricorso.

Questo era infatti costituito da un Ordine professionale che, per sua natura, ha un ambito di legittimazione ad agire circoscritto a ipotesi ben determinate.

L'Ordine, infatti, può intervenire quando si tratti di violazione di norme poste a tutela della professione o quando si tratti di conseguire determinati vantaggi, sia pure di carattere strumentale, riferibili all'intera categoria. In questo ambito non rientrano le denunciate violazioni dell'obbligo di pubblicità delle sedute di gara, posto che si tratta di principi posti a tutela della par condicio degli effettivi partecipanti alla gara e che di conseguenza non assumono quella portata di carattere generale riguardante la categoria professionale considerata nel suo complesso. In questo modo vengono quindi ribaditi i limiti entro cui va intesa la legittimazione ad agire degli Ordini professionali.

Questa va circoscritta a quelle ipotesi in cui venga effettivamente in rilievo un interesse di carattere generale relativo a tutta la categoria, mentre non può trovare spazio in quelle ipotesi in cui si controverte delle modalità di svolgimento di una specifica gara,

L'AFFIDAMENTO CONGIUNTO

Come detto, sotto questo profilo la censura mossa ha riguardato la circostanza che l'ente committente, affidando con procedura negoziata non solo la progettazione ma anche la direzione lavori, sarebbe comunque andato al di là di quanto consentito dalle norme in materia di procedura negoziata. Queste ultime, infatti, considerano l'urgenza come causa legittimante il ricorso a tale procedura solo nella misura strettamente necessaria.

Secondo il ricorrente, ciò significava che, per essere coerente al dettato normativo, l'affidamento tramite procedura negoziata doveva necessariamente riguardare solo quelle prestazioni per le quali era imminente lo svolgimento, e non certo le altre — come appunto quelle relative alla direzione lavori — la cui esecuzione era posticipata nel tempo. Questa ricostruzione viene respinta dal Consiglio di Stato sulla base della considerazione che la direzione lavori costituisce attività accessoria a quella di progettazione. In sostanza, questo rapporto di accessorietà, di per sé stesso, giustificherebbe l'attrazione della direzione lavori nell'ambito delle prestazioni affidabili in via di urgenza. Questa parte della pronuncia è quella che convince di meno. E infatti, mentre lo sviluppo dell'attività progettuale è condizione imprescindibile per ottenere i provvedimenti autorizzativi necessari per l'esercizio del diritto di opzione all'acquisto del terreno, non altrettanto può dirsi per le prestazioni di direzione lavori. Queste infatti si collocano nella fase esecutiva dei lavori e, quindi, in un momento significativamente posticipato rispetto alla progettazione. Né si può ritenere che assuma valore dirimente il richiamato requisito dell'accessorietà, posto che si tratta di due prestazioni che restano distinte e separate anche relativamente al momento del loro concreto svolgimento. In sostanza, sarebbe stato più coerente con il quadro normativo considerare le due attività — progettazione e direzione lavori — in maniera separata, e di conseguenza far luogo alla procedura negoziata esclusivamente per la prima, per la quale era effettivamente esistente il requisito dell'urgenza, e adottare invece una procedura di gara ordinaria per la seconda, per la quale sussistevano comunque i tempi per procedere in tal senso.

che come tale tocca esclusivamente gli interessi dei relativi partecipanti alla stessa.

Per quanto si possa trattare di questioni di portata generale, infatti, esse riguardano esclusivamente l'interesse dei partecipanti al corretto svolgimento della gara, e non possono in alcun modo assurgere a questioni attinenti alla professione nella sua configurazione astratta.

Corte di Cassazione
Sezione III penale
Sentenza 29 novembre 2010,
n. 42189

Costruzione abusiva - Ordine di demolizione del manufatto
- Istanza di condono o di sanatoria successiva al passaggio in giudicato della sentenza di condanna
- Revoca o sospensione dell'ordine di demolizione - Ammissibilità
- Valutazione del giudice
- Contenuto - Individuazione.
(Dpr 380/2001, articolo 31)

Ai fini della revoca o sospensione dell'ordine di demolizione delle opere abusive, in presenza di un'istanza di condono o di sanatoria successiva al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, il giudice dell'esecuzione investito della questione è tenuto a un'attenta disamina dei possibili esiti e dei tempi di definizione della procedura e, in particolare, deve accertare il possibile risultato dell'istanza e se esistono cause ostative al suo accoglimento.

Nel caso di insussistenza di queste cause è poi tenuto a valutare i tempi di definizione del procedimento amministrativo e sospendere l'esecuzione solo in prospettiva di un rapido esaurimento dello stesso.

Corte di Cassazione
Sezione III penale
Sentenza 1° dicembre 2010,
n. 42486

Lottizzazione abusiva - Condono edilizio per le costruzioni - Confisca delle aree - Ammissibilità - Motivi - Successiva autorizzazione a lottizzare - Sanatoria ex post - Conseguenze. (Dpr 380/2001)

In materia di lottizzazione abusiva, la sanatoria per condono edilizio delle costruzioni abusive che siano state realizzate su terreni frazionati non è incompatibile con il provvedimento di confisca delle aree lottizzate, non riferendosi la normativa in materia di condono anche al reato di lottizzazione abusiva.

Può invece esplicitare influenza solo l'eventuale autorizzazione a lottizzare concessa in sanatoria, atteso che questa, pur non estinguendo il reato, dimostra ex post la conformità della lottizzazione agli strumenti urbanistici e la volontà dell'amministrazione di rinunciare all'acquisizione delle aree al patrimonio indisponibile.

Corte di Cassazione
Sezione III penale
Sentenza 29 novembre 2010,
n. 42190

Realizzazione di un gazebo
- Per un periodo stagionale
- Richiesta del titolo abilitativo
- Spirare del termine - Mancata rimozione dell'opera - Conseguenze
- Costruzione abusiva
- Configurabilità. (Dpr 380/2001, articolo 44; Cp, articolo 40, comma 2)

La rimozione di un'opera edilizia allo spirare del termine stagionale (nella specie un gazebo), per il quale è stato rilasciato il titolo abilitativo, configura il reato di cui all'articolo 44 del Dpr 380/2001, atteso che in tale ipotesi la responsabilità discende dal combinato disposto del citato articolo 44 e 40, comma 2, del Cp, per la mancata ottemperanza all'obbligo di rimo-

zione insito nel provvedimento che ha autorizzato l'installazione del manufatto per un determinato periodo di tempo.

Corte di Cassazione
Sezione III penale
Sentenza 24 novembre 2010,
n. 41525

Costruzione in zona sismica
- Procedura ordinaria
- Autorizzazione preventiva dei lavori
- Necessità - Disciplina regionale
- Deposito della denuncia dei lavori e del relativo progetto tecnico
- Equivalenza - Configurabilità
- Sussistenza - Condizioni
- Mancanza di conformità tra l'opera realizzata e quella progettata
- Conseguenze. (Dpr 380/2001, articolo 94)

Qualora nelle zone sismiche il deposito della denuncia dei lavori e del relativo progetto tecnico sia previsto dalla normativa regionale come equipollente all'autorizzazione preventiva dei lavori, siffatto deposito può produrre effetti equivalenti all'autorizzazione solo se le opere da eseguire siano conformi alle prescrizioni normative. Ne consegue che nel caso in cui non sussista conformità tra l'opera realizzata e quella progettata, si deve concludere per l'illiceità della medesima in termini analoghi all'opera realizzata in difformità dall'eventuale autorizzazione, ove ne fosse previsto il formale rilascio.



GIURISPRUDENZA

(da Legislazione Tecnica)

▲ Scaricabili dal sito dell'ordine.

Revisione rendita catastale senza variazioni edilizie Sentenza della Corte di Cassazione - sezione Tributaria 22315/2010 ▲

Si tratta di attività interna e che non richiede il previo sopralluogo. Il contribuente potrà contestare in giudizio le motivazioni.

4

La revisione delle rendite catastali urbane, in assenza di variazioni edilizie, è regolata dall'art 3, comma 58, della **L. 662/1996** ▲ e, ricorrendone i presupposti (ripartizione del territorio comunale in microzone), dall'art.1, comma 335, della **L. 311/2004** ▲. Essa, proprio per l'assenza di variazioni edilizie, **non richiede la previa visita sopralluogo dell'ufficio** e non è condizionata ad alcun contraddittorio endoprocedimentale.

È quanto affermato dalla **Corte di Cassazione, sezione Tributaria**, con la **sentenza 03/11/2010, n. 22315**.

La motivazione dell'atto di riclassamento, secondo i principi generali in materia di accertamento di maggior valore, mira a delimitare l'ambito delle ragioni adducibili dall'ufficio **nella successiva fase contenziosa** ed a consentire al contribuente l'esercizio del diritto di difesa. Per questo, l'effettiva sussistenza dei dati necessari a giustificare la correttezza della categoria, della classe e della rendita attribuite all'immobile andrà verificata, nell'ambito dei parametri adottati, nella sede contenziosa, in contraddittorio con il contribuente.

Tale verifica attiene tuttavia non alla idoneità della motivazione dell'atto, ma al merito propriamente detto della controversia.

In sede contenziosa infatti, procedendosi alla indispensabile valutazione di merito, dovrà appunto verificarsi se la categoria e la classe attribuite all'immobile, con conseguente innalzamento della rendita, risultino adegua-

tamente sostenute dai dati, indicati nella motivazione dell'atto, della cui sussistenza l'ufficio abbia dato prova in giudizio, in contraddittorio con il contribuente.

Illeciti edilizi

Elemento costitutivo dei reati è la conformità ai parametri di legalità sia della costruzione sia del titolo abilitativo.

La Sezione III penale della **Corte di Cassazione**, con la **sentenza n. 770 del 14 gennaio 2011**, ▲ pronunciandosi sul ricorso avverso il decreto di sequestro preventivo di un'area e delle opere su di essa edificate, realizzate sulla base di un titolo edilizio rilasciato dall'Amministrazione comunale, ha escluso che i provvedimenti amministrativi possano essere disapplicati dall'autorità giudiziaria ordinaria solo nell'ipotesi in cui gli stessi siano frutto della collusione del privato con il pubblico funzionario, che lo ha rilasciato al fine di consentire la perpetrazione dell'abuso, ovvero risulti evidente il contrasto dell'atto con norme imperative talmente grave da determinare non la mera illegittimità dell'atto, ma la sua illiceità e la sua nullità.

Richiamando un consolidato orientamento interpretativo, la Corte riafferma come **in presenza di un permesso di costruire illegittimo non occorre fare ricorso alla disapplicazione dell'atto amministrativo perché sia configurabile il reato di costruzione abusiva, in quanto è sufficiente valutare la conformità della costruzione e della autorizzazione alla norme ed agli strumenti urbanistici.**

Con l'occasione si riafferma che, in tema di violazioni urbanistiche, **l'interesse protetto** dalla normativa urbanistica ed edilizia non è quello del rispetto delle prerogative della pubblica amministrazione nel controllo dell'attività edilizia e perciò della regolarità delle procedure di autorizzazione, ma **quello sostanziale della**

protezione del territorio in conformità alla normativa urbanistica.

Pertanto non si pone un problema di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, quanto di controllo della legittimità di un atto amministrativo che risulta un elemento costitutivo o un presupposto del reato.

Da cui discende che, allorché il giudice di merito, e nella specie del riesame, abbia accertato che l'opera autorizzata dalla pubblica amministrazione non sia conforme alle previsioni legislative e degli strumenti urbanistici, deve configurare il reato di illecito edilizio (di cui all'art. 44 del **DPR n. 380/2001**), indipendentemente dall'esistenza delle condizioni per procedere alla disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi.

Edificabilità aree destinate a verde pubblico

Non sono edificabili le aree destinate a verde pubblico o altre attrezzature pubbliche.

I terreni siti in zona che sia stata concretamente vincolata ad un utilizzo meramente pubblicitico (verde pubblico, attrezzature pubbliche, ecc), sono soggetti ad un vincolo di destinazione che preclude ai privati tutte quelle forme di trasformazione del suolo che sono riconducibili alla nozione tecnica di «*edificazione*».

Di conseguenza detti terreni **non possono essere considerati come fabbricabili ai fini dell'applicazione dell'ICI.**

Si è espressa in questi termini la **sezione Tributaria della Corte di Cassazione**, con l'**Ordinanza 26/11/2010, n. 24098** ▲.