

Ecc.mo CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA in sede giurisdizionale - Palermo

MEMORIA DIFENSIVA

*

per **XXXXXXXXXXXX XXXXXXX XXXXX XXXXXXXXX**, rappresentato e
difeso dall'Avv. Giuseppe Cicero;

nel ricorso n. **801/2011 R.G.**

proposto dal **COMUNE DI XXXXXXXXXX (XX)** per la revocazione,
previa sospensiva, della Sentenza n. 344/2011 di codesto CGARS.

*

Omissis

*

L'appello del Comune di XXXXXXXXXX avverso la sentenza del TAR Sicilia CT
1516/2009 è inammissibile e/o irricevibile e comunque nel merito infondato. Invero:

La vicenda giudiziaria nasce nel 1997, tredici anni addietro, a causa di un
comportamento del Comune in danno della "XXXXX Srl" che il TAR Catania - con
precedente Sentenza 1706/1997 **pienamente confermata dalla Decisione 334/1998 di codesto
Ecc.mo CGA** - non ha esitato a definire "*assolutamente privo di alcun fondamento
giuridico*". Anche se a tale iniziale illegittimità (il diniego di aggiudicare i lavori di
adeguamento del locale palazzetto dello sport) il medesimo Comune ha fatto seguire una serie
davvero impressionante di azioni di contrasto, prima fra tutte l'indizione per lo stesso appalto -
taciuta ad arte alla XXXXX - di una nuova gara senza annullare la precedente, arrivando così
ad assegnare illegittimamente i lavori ad una terza impresa.

E' stato già accertato (cosa, oramai, passata in giudicato) che la società XXXXX aveva
invece pieno diritto all'aggiudicazione e non c'è dubbio che da ciò gliene è derivato un danno
ingiusto. Ma per arrivare a tali conclusioni si è resa necessaria una serie innumerevole di azioni
giudiziarie. E cioè: proporre il ricorso TAR conclusosi con Sentenza 1706/97; resistere ad un
primo inopinato appello del Comune poi rigettato da codesto CGA con Decisione 334/1998;
proporre un Ricorso straordinario contro l'intervenuta aggiudicazione alla terza impresa
conclusosi con Decreto Presidenziale 578/2000 di adesione al parere CGA 155/1999; e ancora
(ma non è finita) proporre il giudizio risarcitorio conclusosi in primo grado con la sentenza
appellata.

Nell'arco di tutto questo tempo, a fronte dell'ineffabile disponibilità economica che ha consentito al Comune di ricorrere (per sostenere argomentazioni sempre rigettate) a non meno di quattro o forse più difese esterne, la XXXXX Srl è andata invece incontro alle sorti determinate dalle difficili condizioni del mercato. E quindi ha ceduto il proprio ramo d'azienda alla società XXXX XXXXXXXXXXXXX Srl la quale, a sua volta, per sanare esposizioni in sofferenza verso i soci ha ceduto il credito all'odierno concludente XXXXXXXXXXXXX a fronte di prestazioni di lavoro effettuate dallo stesso. Ma pure da queste circostanze è stata fatta scaturire un'altra controversia in quanto il Comune con un singolare pretesto ha pure provocato ricorso per ottemperanza. E non appena il TAR si è accinto a nominare un Commissario ad acta (per l'ipotesi in cui fosse necessario stornare somme dai capitoli di bilancio dai quali sono stati fin'ora sovvenzionati festeggiamenti, gare, incarichi di consulenza, rassegne e saghe varie con ampia rilevanza sulla stampa) si è materializzato l'appello in argomento il quale trae fondamento dall'unico, seguente, motivo di gravame:

L'impugnata Sentenza di condanna sarebbe errata perché, testualmente, *"anche laddove l'appellante amministrazione avesse aggiudicato in data 19 luglio 1997 l'appalto di che trattasi alla XXXXX Srl al prezzo dalla stessa offerto in sede di gara, l'impresa per sua stessa ammissione [?!?] non avrebbe eseguito i lavori perché certa, che questi, non sarebbero stati ultimati entro la data del 31 luglio 1997".* A seguire l'appellante la prova di quanto precede sarebbe nella nota del 23 luglio 1997 stilata a suo tempo dalla società XXXXX. Ma, in conseguenza di identica questione sollevata dal Comune nel giudizio di legittimità, **la nota in argomento è stata già presa in esame da codesto CGA** il quale, nell'ambito della Sentenza 334/1998 (presupposto giuridico del condannatorio per cui è appello), ha testualmente statuito: ***"La società XXXXX, a differenza di quanto sostenuto dal Comune, non ma mai rinunciato alla conseguita aggiudicazione né ha mai dichiarato di non potere o di non volere eseguire i lavori (si vedano, in particolare, le note della stessa in data 23 e 25 luglio 1997, in cui si ribadisce invece l'intenzione di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto al prezzo corrispondente a quello della propria offerta)".***

E' ovvio, perciò, che la strumentale interpretazione che l'appellante ha continuato a fare della nota è totalmente infondata. Peraltro la questione è oramai coperta dal giudicato formatosi in virtù della definitività della Decisione CGA che, come s'è appena visto, la ha risolta da tempo in senso esattamente contrario a quanto vorrebbe l'appello. E quindi ne deriva che il relativo motivo (consistente nell'intero gravame) oltre ad essere infondato è pure inammissibile. In tali termini, infatti, ha pacificamente concluso la giurisprudenza allorquando nel giudizio risarcitorio vengono riproposte argomentazioni che sono ripetizione di eccezioni già fatte valere senza effetto nel giudizio di legittimità coperto dal giudicato da cui il primo discende.

Anche se ciò potrebbe bastare, va confutata pure l'affermazione che il tempo intercorrente tra la data di aggiudicazione dell'appalto e quella di scadenza del termine del finanziamento regionale era troppo esiguo per l'effettuazione dei lavori. Invero:

1) L'appalto non consisteva nella costruzione di un palazzetto dello sport nuovo, bensì in lavori di mero adeguamento di quello già esistente in modo da svolgervi anche l'attività di pallavolo. Lavori, pertanto, perfettamente eseguibili nel termine stabilito alle semplici condizioni di avere in magazzino i materiali (o averli prenotati, come d'uso, nel momento in cui si era deciso di concorrere alla gara, bandita fin da giugno) e di predisporre più turni di squadre di operai a cui affidare l'esecuzione delle poche tipologie di lavori previste che consistevano nell'adeguamento dell'impianto fonico/elettrico, di quello idrico/antincendio e della pavimentazione tipo Mondoflex o Taraflex. Per tutto il resto si trattava di mere forniture (Tabellone elettronico segnapunti ed altre attrezzature sportive) da installare *sic et simpliciter*, per come stabilito chiaramente nella Nota dell'Assessorato Regionale al Turismo al Sindaco di XXXXXXXXXXXX prot. 3064 del 5 maggio 1997 (in atti).

Peraltro se così non fosse se ne dovrebbe dedurre che l'Ufficio tecnico, quello amministrativo e la Giunta comunale di XXXXXXXXXXXX avrebbero scientemente proceduto a celebrare l'appalto il 19 luglio 1997 soltanto *ioci causa*, nella consapevolezza che in relazione a tale data di aggiudicazione non sarebbe stato mai possibile eseguire i lavori nel termine più volte specificato sia nel Bando che nell'allegato Capitolato d'Appalto. E quindi con la paradossale conseguenza che in tale ipotesi la responsabilità risarcitoria del Comune anziché esclusa ne uscirebbe di gran lunga aggravata.

2) Occorre inoltre aggiungere che il termine imposto inizialmente dal finanziamento è stato più volte prorogato. La stessa Nota regionale di cui s'è detto sopra comprova, infatti, che un primo termine (per il 30 giugno 1997) venne poi prorogato al 31 luglio e lo sarebbe stato ulteriormente ad altro successivo (com'è avvenuto per molte altre opere finanziate nel medesimo frangente) se i lavori fossero risultati almeno iniziati. **Tant'è vero che il Decreto di revoca cui fa improvvido riferimento l'appellante ha disposto testualmente il ritiro dei fondi regionali perchè *“alla data odierna i lavori di adeguamento del palazzetto dello sport di XXXXXXXXXXXX non sono ancora iniziati”.***

3) Infine, anche indipendentemente da quanto precede, in ordine alla copertura finanziaria è definitivamente troncante ciò che ha dichiarato lo stesso Comune con nota 11064 del 24 luglio 1997. E cioè: ***“Nell'ipotesi ultima che tale finanziamento dovesse essere posto in discussione dalla Regione per mancata fruibilità dell'importo nei termini richiesti questa Amministrazione farà fronte con mezzi propri se del caso pur attivando procedure di accensione di apposito mutuo”.***

Non pare che ci sia molto da aggiungere. Se non che:

4) Il Comune ha addirittura celebrato anche una nuova gara per i medesimi lavori. Per la precisione quella indetta senza annullare la precedente vinta dalla XXXXX, a sua insaputa nonostante il ricorso al TAR, e definita con l'illegittima assegnazione dei lavori ad una terza impresa. E tale gara è stata celebrata il 1 settembre 1997 (cfr. documentazione in atti). Di conseguenza non si potrebbe capire perché mai il Comune doveva addivenire a tale nuova aggiudicazione dei lavori in questa data successiva alla pretesa scadenza del finanziamento se non avesse avuto la piena consapevolezza che grazie alla proroga della disponibilità di quelli regionali e comunque, eventualmente, all'approntamento di fondi comunali, l'appalto sarebbe stato economicamente coperto in ogni caso. Altrimenti, a seguire le paradossali argomentazioni dell'appello - che di tale nuova gara nulla dice - si dovrebbe concludere che pure quest'altra procedura (aggiudicata al XXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXX e per la quale la XXXXX è stata costretta a proporre il Ricorso straordinario di cui s'è detto) sia stata posta in essere per gioco.

La sentenza impugnata, quindi, risulta perfettamente coerente con la responsabilità del Comune anche in relazione ai molteplici comportamenti posti in essere in danno della parte privata, costretta a inseguire nel tempo un inverosimile numero di azioni giudiziarie a proprie spese per inseguire quelle provocate dal Comune su alcune delle quali fa luce anche la Sentenza 2647/2010 del TAR.

Oltre ad acclarare la correttezza dei passaggi giuridici che hanno trasferito la titolarità della vicenda giudiziaria prima dalla XXXXX alla XXXX XXXXXXXXXXXXX e poi da quest'ultima all'odierno concludente XXXXXXXXXXXXX, infatti, essa Sentenza conferma la pretestuosità delle eccezioni che il Comune ha frapposto a quella ora impugnata nel tentativo di ritrattarne l'accettazione già manifestata in precedenza. E ciò in quanto, prima di proporre il presente appello, il Comune di XXXXXXXXXXXXX aveva pienamente accettato la Sentenza impugnata tanto che a dicembre 2009 la responsabile del Settore Affari generali Dr.sa XXXXXX XXXXXXX aveva predisposto e trasmesso la transazione depositata in atti. Nella fattispecie, perciò, si è configurato un inequivocabile comportamento di accettazione: un comportamento ottemperativo logicamente connesso ad una vera e propria, definitiva, acquiescenza (a cui peraltro è legato con estrema evidenza – a seguito del ripensamento di cui si dirà - il ritardo con cui è stato interposto appello). Invero:

1) L'atto predisposto dal Comune si poneva in termini transattivi solo ed esclusivamente sulle componenti accessorie (interessi e rivalutazione monetaria) della condanna pecuniaria; mentre per la somma capitale del risarcimento e, ancor più, per il nucleo decisionale e motivazionale della Sentenza, perveniva senz'altro ad una chiara ed inequivocabile accettazione del pronunciamento di primo grado. Tanto che all'esito del solo sconto economico (su interessi e rivalutazione) si obbligava testualmente (art. 4) a "non proporre appello alla Sentenza n. 1516/2009".

2) A tenore di quanto enunciato dalla Cassazione Civile (Sezioni Unite n. 4818 del 28.7.1986 e n. 763 del 12 novembre 1999) l'accettazione della Sentenza o del contenuto della stessa configurabile come acquiescenza o come comportamento incompatibile con la volontà di impugnare *ha natura di atto unilaterale, non recettizio e per sua natura irretrattabile, il quale produce immediatamente il proprio effetto non appena esteriorizzato.*

3) Nella fattispecie tale attività comportamentale inequivocabilmente rivelatrice della volontà di non contrastare, anzi di assecondare, gli effetti della Sentenza, è stata posta in essere dall'Amministrazione comunale manifestandola all'esterno tramite soggetto perfettamente legittimato a rappresentarla giusta la qualifica dirigenziale ricoperta dalla Dr.sa XXXXXXXX. E a nulla vale in contrario la previsione di successive deliberazioni degli organi collegiali del Comune, perché questa ulteriore attività provvedimento (successiva all'accettazione) risultava limitata alla mera copertura finanziaria dell'esborso economico mediante riconoscimento (atto dovuto e a contenuto vincolato) del relativo debito fuori bilancio.

Ne deriva, così, che la mancata sottoscrizione dell'*atto di transazione* non ha avuto alcuna refluenza sull'immediata efficacia dell'accettazione (irretrattabile per definizione) manifestata dal Comune, stante che la medesima non necessitava di alcuna accettazione della controparte. E quindi ne discende che il presente appello, oltre che infondato, risulta anche inammissibile per acquiescenza.

Se non per quanto precede, comunque, esso è di sicuro inammissibile sotto il profilo che l'unico motivo su cui poggia ripropone, per come già detto, specifiche argomentazioni già coperte dal giudicato di codesto CGA. E in ogni caso è pure infondato nel merito. La Decisione CGA richiamata ha infatti statuito che la legittima aggiudicataria della gara del 19 luglio 1997 era la XXXXX Srl e che illegittimamente il Comune di XXXXXXXXXXXXX (con un pretesto "*assolutamente privo di alcun fondamento giuridico*") si rifiutò di assegnarle l'appalto e quindi di consegnarle immediatamente il cantiere, così come previsto negli atti di gara, al fine di completare i lavori nel termine previsto dal bando e dal capitolato; evenienza, questa, che avrebbe evitato la revoca del finanziamento poi disposta con D.A. del 25 agosto 1997.

Anche se non ci fosse stato tutto il resto (con i costi per l'inusuale dispiegamento difensivo che ne sono derivati a entrambe le parti), basterebbe solo questo a comprovare il comportamento colposo del Comune, il quale, così facendo, ha certamente provocato il danno alla privata controparte per come accertato e quantificato nella Relazione di consulenza del Genio Civile di Messina.

Quanto precede è pure confermato dalla documentazione versata dallo stesso Comune agli atti del presente giudizio in maniera strabocchevole. Anche se non tanto da comprendere la delibera di Giunta Municipale n. 204 del 5 novembre 1997 dalla quale emerge che ancora a questa data (quattro mesi dopo la presunta scadenza tanto enfatizzata nell'appello!) il Comune destinava fondi per l'appalto in questione. Appalto che in tale preciso momento (grazie alla

illegittima celebrazione della seconda gara e al “provvidenziale” appello frapposto alla Sentenza TAR che dichiarava la XXXXX vincitrice della prima) risultava aggiudicato al XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX...

E' bene poi ribadire che l'originaria ricorrente e i suoi successori o aventi causa hanno dovuto rincorrere questa vicenda giudiziaria per anni, costretti a una inusuale serie di prestazioni e incombenze (anche economiche) legali che - di converso, e con tutta evidenza - non hanno invece per niente impensierito le casse comunali. E che l'odierno concludente (già socio di entrambe le società) ha avuto ceduto il credito a fronte di personali prestazioni lavorative. Come già anticipato, infatti, i documenti allegati alle due Istanze di prelievo comprovano che la *“circostanza che l'appellato non è l'originario creditore ma un suo avente causa di secondo grado”* (questa era la motivazione posta a esclusivo fondamento dell'Ordinanza di sospensione) non è certo frutto di chissà quale attività speculativa o altro, ma la risultante di normali cessioni (di ramo d'azienda prima e di credito dopo) non solo legalmente previste ed effettuate a mezzo di atti notarili, ma fondate sulle ragioni più che serie che si sono ampiamente rassegnate. Anzi, a tal proposito, risulta davvero paradossale che l'appellante abbia ottenuto la sospensione degli effetti della Sentenza impugnata su tale esclusivo presupposto perché la cessione poggia le sue motivazioni proprio sulle lungaggini e le indescrivibili complicazioni indotte nel corso di tutta la vicenda dal Comune. E' accaduto, infatti che, dopo la predisposizione della transazione di cui s'è detto sopra, nel corso di apposita convocazione presso gli uffici comunali la stessa responsabile del settore “Affari generali” che aveva predisposto l'atto transattivo, in perfetta controtendenza con la riforma della P.A. che ha separato le funzioni degli apparati burocratici da quelle dei politici, ha riferito testualmente che nonostante l'atto fosse pronto la parola ora passava *“...alla politica”*. E perciò ha trasferito la riunione in altra stanza alla presenza di un assessore il quale però obiettava che per lui i termini della transazione non erano... convenienti. Stante la serafica anteposizione dei propri interessi di bottega a quelli di un'azienda estranea, se fatto dall'amministratore di una società privata questo ragionamento sarebbe stato oggetto di una reprimenda. Fatto, invece, da un pubblico amministratore per gli interessi della sua città risultava - diciamo così - ineccepibile. E quindi il rappresentante della XXXX, in uno al sottoscritto difensore, hanno abbandonato la riunione ritenendo che, oramai, una soluzione poteva arrivare solo da un altro ricorso alle vie giudiziarie (quello per ottemperanza definito dalla Sentenza TAR 2647/2010). Contestualmente, perciò, la XXXX XXXXXXXXXXXXXXXX decideva di cedere il credito al Sig. XXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXX perché non potendogli più corrispondere alcunché in denaro, almeno lo avrebbe dotato di un titolo idoneo a poter essere efficacemente esibito a istituti di credito per un prestito. Quest'atto, comunque, è stato regolarmente notificato al Comune di XXXXXXXXXXXXXXXX in data 23 dicembre 2009 e l'affermazione contraria di quest'ultimo (contenuta in una nota redatta dalla medesima funzionaria che ora ritornava sui suoi passi

mentre qualche mese prima aveva preparato la transazione ove invece si dava per pacifico che la XXXX era subentrata alla XXXXX) oramai risulta pienamente smentita dalla già richiamata Sentenza TAR 2647/2010 in atti.

L'appello, in conclusione, e in gradato subordine, va dichiarato inammissibile per intervenuta acquiescenza dell'appellante nei confronti della Sentenza impugnata ovvero perché l'unico motivo che lo sorregge ripropone argomentazioni già specificamente coperte dal giudicato di cui alla Decisione di codesto CGA n. 334/98, ovvero ancora rigettato perché privo, nel merito, di fondamento alcuno.

*

Si insiste, pertanto, nelle conclusioni già rassegnate. Con vittoria di spese e compensi anche di questa fase del giudizio. Salvis juribus.

Catania – Palermo, 25 giugno 2011

Avv. Giuseppe Cicero