

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, Delib. N. 46/pareri/2007 del 17 - 18 ottobre 2007; Pres. N. Mastropasqua. Es. G. Astegiano

nell'adunanza del 17 ottobre 2007

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota in data 1° ottobre 2007 con la quale il Sindaco del Comune di Milano (MI) ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'articolo 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003;

Vista l'ordinanza n.28 del 9 ottobre 2007 con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta proveniente dal Sindaco del Comune di Milano;

Udito il relatore, dott. Giancarlo Astegiano;

CON LA PREMESSA CHE

Il Sindaco del Comune di Milano, con nota in data 1° ottobre 2007, ha posto un quesito alla Sezione in merito all'interpretazione dell'art. 1, co. 729 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (in seguito legge finanziaria per il 2007) ed alle modalità applicative della norma che prevede la riduzione all'interno di parametri prefissati del numero degli amministratori delle società di capitale partecipate da enti territoriali.

Ad ulteriore illustrazione della richiesta, il Sindaco del Comune di Milano mette in luce che il citato co. 729 dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2007 ha stabilito l'obbligo di provvedere alla modifica degli statuti delle società di capitale partecipate da enti locali entro un termine mobile, vale a dire tre mesi dopo l'entrata in vigore di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri emanato per individuare la soglia di capitale che differenzia il numero degli amministratori delle società a totale partecipazione pubblica. Secondo il richiedente, la norma in questione avrebbe previsto il numero massimo degli amministratori delle società a partecipazione pubblica, senza peraltro indicare in modo esplicito se a seguito della modifica dello statuto di ciascuna società gli amministratori in carica decadano così da consentire la nomina di organi amministrativi con un numero di componenti rispettoso delle nuove disposizioni statutarie, ovvero se la modifica statutaria divenga operativa solo alla scadenza del mandato degli amministratori in carica (al momento della variazione dello statuto).

Ha, rilevato, altresì, che, da un lato, lo status giuridico dell'amministratore di società di capitali è disciplinato dall'art. 2383 cod. civ. che prevede la durata triennale del mandato, salvo revoca per giusta causa e, dall'altro, che la Presidenza del Consiglio con una circolare del 13 luglio 2007 ha asserito che a seguito dell'adeguamento statutario il mandato degli amministratori in carica si risolverebbe, anche se non ancora scaduto.

Il Sindaco di Milano riconosce che gli enti locali debbono procedere all'adeguamento degli statuti, ma non ha certezza in ordine a quali siano le conseguenze della modifica, ritenendo che ove gli amministratori non si dimettano volontariamente e, quindi, venga rispettato il termine triennale del mandato, la finalità di contenimento della spesa pubblica che ha originato la norma potrebbe non essere rispettata. Peraltro, se, al fine di osservare quest'ultima finalità, gli amministratori venissero

revocati l'ente potrebbe subire un danno economico a seguito di eventuali azioni promosse dai componenti dell'organo amministrativo che ritenessero insussistente la giusta causa di revoca ai sensi del co. 3 dell'art. 2383 cod. civ.

Considerata la situazione di dubbio ingenerata dalla norma e dalla circolare esplicativa della Presidenza del Consiglio, il Sindaco di Milano rivolge uno specifico quesito alla Sezione al fine di ottenere ragguagli in ordine all'interpretazione della disposizione ed alle sue modalità applicative.

OSSERVA CHE

La richiesta di parere in esame è intesa ad avvalersi della facoltà prevista dalla norma contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, la quale dispone che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possono chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti "pareri in materia di contabilità pubblica".

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge n. 131 del 2003, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

In merito all'ammissibilità della richiesta

La Sezione, preliminarmente, è chiamata a verificare se la richiesta soddisfi le condizioni di ammissibilità che la giurisprudenza contabile ha delineato con le sue pronunce. La prima di esse è data dalla legittimazione a proporre i quesiti. Al riguardo, questa Sezione, con deliberazione n. 1 in data 4 novembre 2004, ha precisato che "non essendo ancora costituito in Lombardia il Consiglio delle autonomie, previsto dall'art. 7 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che modifica l'art. 123 della Costituzione, i Comuni possono, nel frattempo, chiedere direttamente i pareri alla Sezione regionale". Pertanto, sotto questo profilo la richiesta del Comune di Milano deve essere presa in esame. In ordine alle altre condizioni di ammissibilità, la Sezione osserva che la richiesta di parere:

- a) proviene dal soggetto legittimato a manifestare la volontà dell'ente, vale a dire, nel caso di specie, dal Sindaco;
- b) non risulta che interferisca con le funzioni di controllo o giurisdizionali svolte dalla magistratura contabile e neppure con alcun altro giudizio civile o amministrativo che sia in corso;
- c) ha "carattere generale", in quanto diretta ad ottenere indicazioni relative alle norme che gli enti territoriali debbono seguire nello svolgimento della loro ordinaria attività amministrativa (in relazione a tale nozione si veda la delibera di questa Sezione n. 9/pareri/2006, in data 29 giugno 2006);
- d) rientra nella materia della contabilità pubblica, poiché attiene alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche (in base alla definizione che ne ha dato questa Sezione: C. conti, sez. contr. Lombardia, 21 giugno 2006, n. 5/pareri/2006).

A questo proposito deve essere messo in luce che viene chiesto alla Corte dei conti di fornire l'interpretazione di una norma, inserita in una legge finanziaria, diretta a contenere i costi delle amministrazioni pubbliche, con indubbio riflesso sull'allocazione delle risorse finanziarie della collettività e, in ultima analisi, sulla materia dei bilanci pubblici, considerato anche il dovere di vigilanza e controllo che incombe sull'ente titolare di una partecipazione azionaria al fine di preservare il patrimonio dell'ente territoriale. Inoltre, la disposizione in questione risulta inserita in un contesto nel quale sono previsti alcuni interventi diretti a contenere costi che, in ultima analisi, ricadono sui bilanci degli enti che partecipano al capitale sociale (ad es.: contenimento dell'ammontare dei compensi degli amministratori delle società partecipate, riguardo al quale si veda il recente parere della Corte dei conti, sez. contr. Toscana, 11 settembre 2007, n. 13). D'altro canto, la finalità dell'intervento legislativo risulta esplicitata dal successivo comma 730 che invita le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano ad attuare il contenuto di alcune disposizioni, fra le quali vi è quella contenuta nel comma 729, specificando che l'obbligo di adeguamento "costituisce principio di coordinamento della finanza pubblica". In conclusione: la richiesta di parere proveniente dal Sindaco del Comune di Milano è ammissibile e può essere esaminata nel merito.

Il quesito posto dal Sindaco di Milano

La richiesta proveniente dal Sindaco di Milano concerne l'interpretazione del comma dell'articolo unico della legge finanziaria per il 2007 che ha introdotto un limite massimo al numero degli amministratori delle società di capitali partecipate dagli enti locali (art. 1, co. 729, della legge 26 dicembre 2006, n. 296). Le perplessità derivano dal fatto che la norma in questione si riferisce a tutte le società partecipate da enti locali, fissando un termine per la modifica degli statuti di dette società, senza prevedere alcuna disciplina transitoria. La formulazione del quesito induce la Sezione a ribadire, preliminarmente, che la scelta di dar corso alle modifiche statutarie ed alla conseguente riduzione del numero degli amministratori delle società partecipate, ove necessario, così come ogni altra scelta attinente l'amministrazione dell'ente, spetta agli organi ai quali è stata affidata l'amministrazione comunale (C. conti, sez. contr. Lombardia, 29 giugno 2006, n. 9/pareri/06). Al fine di assumere le determinazioni di loro competenza, gli organi comunali, nell'ambito della loro discrezionalità, possono riferirsi alle conclusioni contenute nel presente parere. Il quesito che il Sindaco di Milano rivolge alla Sezione regionale della Corte dei conti richiede alcune precisazioni preliminari in ordine alla natura delle società pubbliche in relazione alle disposizioni legislative nazionali e ai principi di derivazione comunitaria che le disciplinano, necessarie per chiarire gli esatti termini della questione anche al fine di poter fornire le indicazioni interpretative che sono state richieste.

D) Le società a partecipazione pubblica

L'esternalizzazione di servizi e funzioni da parte delle Amministrazioni pubbliche è un fenomeno che si è diffuso negli ultimi anni, incontrando un favore sempre più ampio e crescente, sia a livello dottrinale che nella pratica amministrativa. Le ragioni addotte a giustificazione e sostegno sono molteplici e vanno dalla convinzione che la gestione dei servizi pubblici sia più efficiente se effettuata al di fuori dell'Amministrazione pubblica, a quella che la gestione da parte di "soggetti privati" comporti un contenimento dei costi rispetto a quelli che sosterebbero gli enti pubblici. Tuttavia il fenomeno non è unitario e al suo interno si rinvengono diverse modalità attuative che finiscono con incidere sulla natura stessa delle operazioni poste in essere dalle Amministrazioni pubbliche. In particolare, soprattutto negli ultimi anni si è assistito alla progressiva costituzione di società a partecipazione totalitaria, maggioritaria od anche minoritaria di enti pubblici, i quali hanno affidato alle stesse l'effettuazione di alcune attività di loro pertinenza, ovvero la gestione di servizi pubblici, l'effettuazione di lavori pubblici o, più semplicemente, lo svolgimento di attività di interesse delle comunità locali. Il fenomeno non è unitario poiché non risulta disciplinato da alcuna disposizione legislativa di carattere generale. Alcune norme, introdotte nel corso degli anni, non presentano carattere sistematico, ma episodico e determinato dall'esigenza di disciplinare specifiche situazioni. Alla semplice costituzione di una società di capitali da parte di un ente pubblico non consegue necessariamente la natura privata della società, poiché la disciplina societaria e la natura dell'organismo devono essere verificati su due piani diversi. Il primo attiene all'aspetto strutturale e conseguentemente alle regole di funzionamento dell'ente e il secondo alle caratteristiche funzionali del soggetto e perciò alla sua posizione nell'ordinamento giuridico. Quanto al primo aspetto l'esame della disciplina societaria contenuta nel codice civile mette in luce che non è previsto che le società costituite da enti pubblici abbiano regole di gestione e funzionamento peculiari (se non ad alcuni limitati effetti, in relazione alla nomina degli amministratori: artt. 2449 e 2450 cod. civ.). Conseguentemente, risultano disciplinate dalle regole ordinarie, applicabili a tutte le società di capitali (Capo V, del Titolo V, del Libro V del codice civile), salvo le norme speciali riferite ad ambiti specifici. Quanto al secondo aspetto, a seguito della diffusione che negli ultimi anni ha incontrato nel settore pubblico il modulo societario, la giurisprudenza è ormai unanime nel riconoscere che il criterio da utilizzare per individuare la natura pubblica o privata di un organismo non è dato dalla forma rivestita (ente o società), bensì dalla natura pubblica dello scopo perseguito e dalle risorse utilizzate nello svolgimento della sua attività, con la conseguenza che anche in presenza della forma societaria se l'ente utilizza risorse

pubbliche è da considerare senz'altro ente pubblico (Cass. civ., s.u., 22 dicembre 2003, n. 19667; C. conti, I, 3 novembre 2005, n. 356; Cons. St., VI, 23 gennaio 2006, n. 182; id, IV, 31 gennaio 2006, n. 308; Corte dei conti, sez., contr. Lombardia, 13 ottobre 2006, n.17 ; id, 20 dicembre 2006, n. 26 /parere), con effetti sulla finalizzazione dell'attività e sul regime delle responsabilità. Peraltro, la stessa Corte costituzionale in relazione alla disciplina legislativa speciale di una società le cui azioni erano interamente possedute dal Ministero dell'Economia ha affermato che la totale partecipazione pubblica unita "alla predeterminazione eteronoma dei compiti e delle funzioni pubbliche che la stessa società è chiamata a perseguire" implica che la società presenti "tutti i caratteri propri dell'ente strumentale" (Corte cost. 19 dicembre, 2003, n. 363) e, che pertanto, sia da equiparare agli altri enti pubblici. L'ampio utilizzo da parte dei soggetti pubblici di enti con natura formalmente privata e, in particolare, con veste societaria, al fine di raggiungere finalità di rilievo pubblicistico (gestione di servizi e funzioni pubbliche, esecuzione di lavori) è stato preso in considerazione anche dal diritto comunitario per delineare una nozione di amministrazione pubblica valida ed utilizzabile all'interno dell'ordinamento dell'Unione Europea, sia nella materia dei rapporti finanziari che in quella contrattuale ai fini della tutela della concorrenza e della libera circolazione delle merci e delle persone. In particolare, per quanto interessa in questa sede, la giurisprudenza comunitaria, ha stabilito che anche le amministrazioni pubbliche debbono osservare i principi di concorrenza quando intendono affidare a terzi soggetti l'effettuazione di lavori pubblici, la gestione di servizi pubblici o altre attività di loro pertinenza (C. Giust. CE da ultimo: 4 ottobre 2007, causa n. C-217/06 e, per tutte: 21 luglio 2005, causa n. C- 231/03). L'unica deroga ai principi di concorrenza consentita dall'ordinamento comunitario è data dalla possibilità di affidamento diretto a società che sia controllata direttamente dall'ente locale secondo modalità peculiari che configurano, secondo la giurisprudenza comunitaria, un "controllo analogo a quello praticato dall'ente sui propri servizi" (per tutte C. Giust. CE 13 ottobre 2005, in causa C – 458/3). Tuttavia, la natura del rapporto funzionale con l'ente proprietario non si riflette, secondo la giurisprudenza civile ed amministrativa, sulla disciplina normativa applicabile all'organizzazione societaria, che rimane quella ordinaria prevista dal codice civile. Infatti, si sostiene che le società di capitali con partecipazione pubblica non mutino la loro natura di soggetto di diritto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, le azioni, affermandosi che gli strumenti utilizzati per regolare il rapporto tra società ed ente locale non possono essere quelli autoritativi di diritto pubblico spendibili nell'organizzazione diretta dell'ente, ma che l'ente proprietario può avvalersi unicamente degli strumenti propri del diritto societario, da esercitare per il tramite dei membri di nomina pubblica presenti negli organi sociali (Cass. civ., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799; Tar Sicilia, Catania III, 13 agosto 2002, n. 1446; Tar Veneto, I, 4 aprile 2002, n. 1234). Conseguentemente, anche in relazione alle regole di nomina degli organi sociali, si ritiene che gli atti di nomina o di revoca degli amministratori di società delle quali l'ente locale sia socio, anche unico, non costituiscano estrinsecazione di potestà amministrativa ma di poteri che l'ente può esercitare nell'ambito del sistema delineato dagli artt. 2383, 2458 e 2459 cod. civ. (ora 2449 e 2450) (App. Genova, I, 20 ottobre 2006; Tar Calabria, Catanzaro II, 24 maggio 2006, n. 571; Tar Campania, Napoli I, 11 febbraio 2005, n. n. 963). Peraltro, occorre mettere in luce che a conclusioni parzialmente difformi giunge la giurisprudenza amministrativa in relazione alle società a totale partecipazione pubblica che operino secondo il meccanismo noto come "in house providing". In questo caso, l'attività di controllo si estrinseca attraverso i poteri statutari conferiti all'ente proprietario ed agli obblighi che conseguentemente ricadono sugli amministratori, per il cui tramite comunque si attua la gestione della società senza poteri di intervento diretto degli organi del soggetto controllante. Le considerazioni innanzi svolte indicano che esiste uno stretto rapporto fra disciplina pubblica e societaria, e, pertanto, ogni norma che interviene a regolare questioni che attengono all'organizzazione della società deve essere interpretata sia tenendo conto delle finalità perseguite dal legislatore che della normativa societaria contenuta nel codice civile.

II) La norma contenuta nel co. 729, dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2007

Nell'ambito della disciplina dettata per il contenimento della spesa pubblica, il Parlamento, con la legge finanziaria per il 2007, ha previsto una semplificazione nella composizione dei consigli di amministrazione delle società alle quali partecipano enti pubblici territoriali, stabilendo un numero massimo di componenti per ciascuna tipologia di società, determinato in relazione al capitale sociale. Il legislatore ha preso in considerazione solo in modo parziale le varie tipologie di società, dettando una disciplina puntuale unicamente per quelle a totale capitale pubblico mentre per quelle a partecipazione mista di capitale pubblico e privato, non ha distinto fra partecipazione maggioritaria o minoritaria degli enti pubblici, ed ha stabilito che:

- nelle società il cui capitale sia totalmente di proprietà, anche indiretta, di enti locali, il numero massimo degli amministratori non potrà superare le tre unità ovvero le cinque per quelle il cui capitale sociale è superiore all'importo indicato da un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri;
- nelle società al cui capitale partecipino sia soci pubblici che privati, il numero massimo degli amministratori designati dai soci pubblici non può essere superiore a cinque, ivi compresi quelli di nomina regionale.

La norma, infine, ha previsto che "Le società adeguano i propri statuti e gli eventuali patti parasociali entro tre mesi dall'entrata in vigore del citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri".

Il legislatore non ha dettato alcuna disciplina transitoria diretta a disciplinare esplicitamente le conseguenze della modifica statutaria, al fine di chiarire in modo esplicito se a seguito della stessa si verifichi la decadenza degli amministratori in carica, ovvero se la variazione opera a partire dalla ordinaria scadenza del mandato degli amministratori in carica.

In data 26 luglio 2007 è stato emanato il d.p.c.m. previsto dalla norma citata sopra che ha individuato in 2.000.000 di euro la soglia al di sopra della quale nelle società a totale partecipazione pubblica possono nominarsi sino ad un massimo di cinque amministratori.

Il decreto è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 7 agosto 2007 e, considerata la sua natura regolamentare, è entrato in vigore il 22 agosto 2007 per cui il termine entro il quale gli statuti delle società devono essere adeguati alla disciplina posta dal citato co. 729, dell'art. 1, della legge finanziaria per il 2007 è quello del 22 novembre 2007.

La lacunosità della disciplina legislativa, unita alla circostanza che la modifica statutaria coinvolge anche l'interesse di terzi, i soci delle società miste e gli amministratori di tutte le società a partecipazione pubblica, comporta la necessità di una ponderata ricostruzione del contenuto della norma, sia in relazione ai profili pubblicistici che a quelli societari.

Necessità della deliberazione dello statuto

La formulazione letterale della norma contenuta nella legge finanziaria mette in luce che la riduzione del numero degli amministratori delle società partecipate da un ente locale presuppone la modifica dello statuto sociale. In altri termini, la previsione normativa non si sostituisce automaticamente alle clausole relative alla nomina dell'organo sociale contenuta negli statuti sociali, ma presuppone una specifica attività di adeguamento.

La deliberazione della modifica statutaria

Al fine di chiarire nei termini più precisi possibili la questione occorre stabilire quale sia l'organo comunale competente a provvedere. Le delibere di approvazione degli statuti delle società partecipate dall'ente locale sono di competenza del Consiglio dell'ente che, quindi, è chiamato ad approvare anche le modifiche da apportare allo Statuto (al riguardo si rinvia a Cons. Stato, V., 3 marzo 2005, n. 832, resa proprio in relazione allo Statuto del Comune di Milano). Al riguardo, val la pena mettere in luce che nel caso di specie l'adeguamento è solo parzialmente vincolato perché il legislatore indica unicamente il numero massimo degli amministratori che possono essere designati in relazione a ciascuna tipologia di società, cosicché residua un importante spazio di decisione del Consiglio in ordine alla determinazione dell'effettivo numero degli amministratori delle società a

totale partecipazione pubblica e della disciplina del numero degli amministratori e dell'eventuale mutamento dei rapporti e dei patti parasociali con i soci delle società miste.

Obbligatorietà della delibera dell'ente locale

Anche se la formulazione della norma non è precisa poiché afferma che “le società adeguano i propri statuti ...”, deve ritenersi che l'obbligo di attivarsi spetti non solo agli organi amministrativi della società in base alle competenze loro affidate dagli statuti e dalle società, ma anche agli organi dell'ente locale che hanno la competenza nella gestione delle partecipazioni, i quali debbono far sì che il Consiglio comunale venga convocato al fine di approvare la modifica da apportare allo statuto della società partecipata. Peraltro, considerata la finalità sostanziale perseguita dalla legge finanziaria e cioè il contenimento dei costi, ove lo statuto della società consenta la nomina di un numero maggiore di amministratori rispetto a quello previsto dalla norma in questione, ma nell'attualità il numero di amministratori sia contenuto nei limiti normativi, può differirsi la modifica statutaria, purché l'assemblea sociale non aumenti, prima della modifica, il numero degli amministratori.

Le partecipazioni indirette

Il legislatore ha previsto che la disciplina di contenimento del numero degli amministratori sia applicabile anche alle partecipazioni indirette degli enti locali, vale a dire alle società il cui capitale è controllato dalle società partecipate dell'ente locale. Nei confronti delle partecipate indirette l'ente locale non ha alcun potere di intervento diretto e, pertanto, non può deliberare in ordine alle modifiche dei loro statuti. Considerato il tenore della norma e l'obbligo imposto agli enti territoriali della legge finanziaria per il 2007 deve ritenersi che questi ultimi possano, ed anzi debbano, invitare gli amministratori delle società direttamente partecipate dall'ente affinché si attivino per modificare, nel senso voluto dalla legge, gli statuti delle partecipate delle società che amministrano. Una eventuale inerzia degli amministratori delle partecipate non potrebbe che configurare giusta causa di revoca ai sensi dell'art. 2383 cod. civ.

Le società miste

Se si considera che anche in relazione alle società a totale partecipazione pubblica locale l'applicazione della norma in questione comporta dei problemi, risulta chiaro che ancor più per le società miste, vale a dire per quelle che vedono nel loro capitale soci pubblici e privati, i problemi sono molteplici, sia ove la partecipazione sia maggioritaria che nei casi nei quali sia minoritaria. In queste società, infatti, l'interesse sociale degli enti pubblici - o meglio di ciascun ente pubblico nel caso di una pluralità - deve essere contemperato con quello dei soci privati. Le parti, pubbliche o private, potrebbero aver deciso di procedere alla costituzione della società, ovvero all'acquisto di una partecipazione, anche in relazione alle particolari regole di funzionamento della società e, in ipotesi, al numero degli amministratori che, ove il capitale sia diffuso, possa garantire un'adeguata rappresentazione nell'organo amministrativo degli interessi di ciascun ente. L'imposizione di una modifica che limiti a cinque il numero massimo degli amministratori designati da enti pubblici potrebbe comportare difficoltà organizzative e redistributive fra i vari enti di non facile soluzione. Senza contare, che la stessa applicazione pratica della norma presenta notevoli problematiche. E' evidente che l'unica situazione nella quale l'ente locale può intervenire senza problemi riguarda il caso nel quale sia l'unico socio pubblico e lo statuto preveda la designazione di più amministratori ai sensi dell'art. 2449 cod. civ. In tutti gli altri casi, nei quali la nomina degli amministratori venga deliberata secondo l'ordinaria disciplina del diritto societario, la sola volontà del singolo ente locale non potrebbe essere sufficiente a raggiungere lo scopo previsto dalla norma. Innanzitutto, l'assemblea straordinaria potrebbe non approvare una modifica statutaria che limiti il numero dei soci pubblici, sia perché il capitale privato è maggioritario sia perché il capitale pubblico, diffuso fra più soci, potrebbe non concordare su un criterio di ripartizione.

In ogni caso, al fine di distinguere fra amministratori indicati da enti locali e regioni, da un lato, e amministratori indicati dagli altri soci, dall'altro, occorrerebbe inserire una clausola che preveda il voto per liste, unico sistema che permette di fare chiarezza in ordine alla designazione degli amministratori. Anche la modifica dei patti parasociali non è, ovviamente, nella disponibilità del singolo ente pubblico ma prevede il concorso della volontà di tutti i soci che aderiscono al patto. Ma, va ancora posto in evidenza che il riparto degli amministratori tra soci privati, che perseguono interessi di natura meramente economica, e soci pubblici, la cui partecipazione ha quale necessario substrato la cura di interessi delle collettività amministrate, può essere alterato da una norma che limiti il numero degli amministratori di provenienza degli enti pubblici, con conseguenti ricadute sui poteri gestionali e di controllo delle società nonché su alcune scelte di rappresentanza degli interessi legati all'assetto societario. La conclusione che può trarsi è che, considerata la natura della norma posta dal co. 729 dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2007, gli organi di vertice degli enti locali territoriali debbano attivarsi per addivenire ad una modifica degli statuti e/o dei patti parasociali delle società miste. Tuttavia, in relazione a quanto esposto sopra, non sembra potersi affermare che nell'immediato gravi sugli amministratori pubblici un'obbligazione di risultato poiché l'eventuale mancato adeguamento dello statuto o dei patti parasociali e la conseguente diminuzione degli amministratori di "provenienza" pubblica può richiedere una dispendiosa attività di contemperamento di interessi e di strumenti idonei al raggiungimento delle finalità previste dal legislatore. Peraltro la diligenza dispiegata nello svolgimento dell'attività va valutata in relazione all'obiettivo posto dalla legge finanziaria di contenimento della spesa relativa agli emolumenti degli amministratori di società partecipate. D'altro canto va posto in evidenza che le scelte ultime sui tempi necessari e sul modo di raggiungere l'obiettivo di legge spettano all'ente pubblico azionista (in modo diretto o indiretto), dal momento che l'attività in sede societaria deve rispecchiare dette scelte. In proposito va notato che nelle scelte l'ente proprietario delle azioni non gode di autonomia privata ma di discrezionalità e che fine primario dell'agire è l'adempimento dell'obbligo di legge rispetto al quale va effettuata la comparazione con gli altri interessi pubblici in capo all'ente (in particolare con l'interesse che ha indotto l'ente a partecipare alla società) in modo da comporre detti interessi e da rendere addirittura recessivo l'interesse primario ove questo comprima fortemente altri interessi pubblici ritenuti fondamentali per l'ente e che hanno dato luogo a quel tipo di organizzazione tutelata in Costituzione dall'art. 117.

La sorte degli amministratori in carica

Come si è accennato sopra, la normativa posta dalla legge finanziaria per il 2007 non contiene alcuna disciplina transitoria e, pertanto, al fine di individuare il momento a partire dal quale è applicabile e le conseguenze per gli amministratori in carica, all'atto della modifica dello statuto sociale, occorre riferirsi alla disciplina generale del diritto societario, risultante dal codice civile e già richiamata sopra.

III) La norma in questione e il diritto societario

La normativa delineata incide profondamente sul diritto societario introducendo una disciplina speciale applicabile alle sole società che vedano all'interno della compagine sociale la presenza di (almeno) un socio pubblico. La deroga alla normativa di carattere generale, richiamata sopra, che ritiene la piena e totale applicabilità della disciplina societaria anche alle società a partecipazione pubblica, totalitaria, maggioritaria od anche minoritaria, sembra essere, ad un primo esame, vistosa. In realtà, la disciplina pubblicistica introdotta con la legge finanziaria per il 2007 non modifica le regole di diritto societario relative alla nomina ed alla revoca degli amministratori, quanto piuttosto incide, limitandoli fortemente, sui poteri dei soci, imponendo che vengano predisposte ed approvate modifiche alla parte dello statuto sociale che investe la nomina dell'organo amministrativo.

Viene limitata, quindi, la libertà d'azione dei soci, non della società.

A questo proposito val la pena mettere in luce che il co. 729 della legge finanziaria per il 2007 si riferisce genericamente agli "amministratori", senza distinguere tra società nelle quali operi il

sistema monistico e siano quindi amministrate da un consiglio di amministrazione e società disciplinate dal sistema dualistico nelle quali si rinviene oltre all'organo amministrativo anche il Consiglio di sorveglianza. Considerata la ancora scarsa diffusione di quest'ultimo modello è da ritenere che il legislatore abbia utilizzato il termine "amministratori" per riferirsi sia ai componenti dell'organo amministrativo che a quello del Consiglio di sorveglianza e che, pertanto, la limitazione numerica operi congiuntamente in relazione ai due organi, ove la società sia organizzata secondo il modello dualistico. Gli amministratori delle società pubbliche sono tenuti unicamente a convocare l'assemblea straordinaria della società affinché i soci possano apportare le modifiche statutarie (art. 2365 e 2366 cod. civ. ovvero in caso di diversa previsione statutaria ad attuare la disciplina ivi prevista). Peraltro, ove gli amministratori non convochino l'assemblea straordinaria i soci enti locali, specifici destinatari della norma, debbono richiedere all'organo amministrativo di provvedere alla convocazione (art. 2367 co. 1 cod. civ.) e, in caso di inerzia di quest'ultimo e del collegio sindacale (art. 2367 co. 2 cod. civ.), rivolgere apposita istanza al Presidente del Tribunale del luogo nel quale ha sede la società (art. 2367 co. 2 cod. civ.). Dopo l'approvazione della modifica statutaria residuano ancora alcune incertezze applicative. Infatti, come si è visto sopra, la norma non prevede alcuna disciplina transitoria e, pertanto, può sorgere il dubbio di quali siano le conseguenze dell'approvazione della modifica sull'organo amministrativo in carica. Al riguardo, seguendo la prospettazione del Comune di Milano, potrebbe ritenersi che se a seguito della modifica dello statuto sociale e della conseguente riduzione del numero degli amministratori, l'organo amministrativo non si dimette, l'ente pubblico al fine di rispettare la previsione di contenimento dei costi pubblici, si trovi nella difficile situazione di dover procedere alla revoca degli amministratori, con possibilità di soggiacere ad un'azione di danno ove difetti la giusta causa (art. 2383, co. 3, cod. civ.).

In realtà, i termini della questione sono differenti. Lo statuto disciplina le regole di funzionamento della società (art. 2328 u.c. cod. civ.) ed ogni sua modifica implica l'adeguamento dell'attività sociale ai dettami statutari, non solo a garanzia dei soci, ma anche dei terzi che entrano in contatto con la società e non possono che fare affidamento sulle previsioni statutarie. Pertanto, la modifica che riguardi il numero degli amministratori riducendolo, comporta la cessazione dalla carica dell'organo amministrativo che risulterebbe formato in modo difforme dalla previsione dello Statuto. La cessazione, in questo caso, non è ascrivibile ad una mera volontà dei soci, ma all'intervento legislativo che con una norma di coordinamento della finanza pubblica, come tale rientrando fra quelle alle quali deve essere riconosciuto il carattere della imperatività, ha imposto la modifica statutaria. Conseguentemente, gli amministratori non possono lamentare alcun danno perché la loro cessazione dall'attività deriva dalla modifica statutaria imposta ai soci, anche contro la loro eventuale volontà, dal legislatore.

Dopo la modifica statutaria e la cessazione degli amministratori la gestione della società, sino alla ricostituzione dell'organo amministrativo, è regolata dalle ordinarie disposizioni del codice civile.

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore

(Dott. Giancarlo Astegiano)

Il Presidente

(Dott. Nicola Mastropasqua)

Corte dei Conti, Sez. reg. controllo per il Piemonte, Parere 5 dicembre 2007, n. 19; Dott. Ivo Monfeli Presidente; Dott. Giuseppe Maria Mezzapesa Referendario Relatore

Visto l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con Regio Decreto 12 luglio 1934, n. 1214 e successive modificazioni;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti;

Visto il Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, con il quale è stata istituita in ogni Regione ad autonomia ordinaria una Sezione Regionale di controllo, deliberato dalle Sezioni Riunite in data 16 giugno 2000 e successive modificazioni;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131 recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ed in particolare l'art. 7, comma 8;

Vista la deliberazione della Sezione delle Autonomie approvata nell'adunanza del 27 aprile 2004 avente ad oggetto gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva;

Vista la richiesta proveniente dalla Provincia di Biella del 23 novembre 2007 n. 56832/07, avente ad oggetto un quesito concernente la riduzione del numero degli amministratori delle società partecipate dagli enti locali;

Vista l'Ordinanza n. 23/07, con la quale il Presidente di questa Sezione di controllo ha convocato la Sezione per l'odierna seduta e ha nominato relatore il Referendario Dott. Giuseppe Maria Mezzapesa;

Udito il relatore;

Ritenuto in

FATTO

La richiesta di parere in esame verte sulla corretta applicazione dell'articolo 1, comma 729, della legge 26 dicembre 2006 (finanziaria 2007) che reca disposizioni intese a ridurre il numero complessivo dei componenti del consiglio di amministrazione delle società partecipate da enti locali. La Provincia di Biella chiede se le citate previsioni trovino applicazione anche nell'ipotesi di società partecipate ove gli amministratori svolgano la loro opera a titolo gratuito.

MOTIVAZIONI DELLA DECISIONE

La funzione consultiva delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti è prevista dall'art. 7, comma 8, della Legge n. 131/2003 che, innovando nel sistema delle tradizionali funzioni della Corte dei conti, dispone che le regioni, i comuni, le province e le città metropolitane possano chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti pareri in materia di contabilità pubblica. Con deliberazione approvata nell'adunanza del 27 aprile 2004, la Sezione delle Autonomie ha adottato gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio della attività consultiva, evidenziando, in particolare, i soggetti legittimati alla richiesta e l'ambito oggettivo della funzione.

Occorre pertanto verificare preliminarmente la sussistenza contestuale del requisito soggettivo e di quello oggettivo, al fine di accertare l'ammissibilità della richiesta in esame:

1) Requisito soggettivo:

La legittimazione a richiedere pareri è circoscritta ai soli Enti previsti dalla legge n. 131/03, stante la natura speciale della funzione consultiva introdotta dalla medesima legge, rispetto alla ordinaria sfera di competenze della Corte. I pareri richiesti dai comuni, dalle province e dalle aree metropolitane, vanno inoltrati "di norma" per il tramite del Consiglio delle autonomie locali. L'inesistenza dell'organo non costituisce tuttavia elemento ostativo alla richiesta di parere, visto che la disposizione normativa usa la locuzione "di norma", non precludendo, quindi, in linea di principio, la richiesta diretta da parte degli enti. Infine la richiesta può considerarsi ammissibile solo se proveniente dall'Organo rappresentativo dell'Ente (Presidente della Giunta regionale, Presidente della Provincia, Sindaco). La richiesta di parere in esame proviene dalla Provincia di Biella, ente

legittimato, ed è stata formalizzata dal suo Presidente. Sotto il profilo soggettivo, dunque, la richiesta di parere si palesa ammissibile.

2) Requisito oggettivo:

I pareri sono previsti dalla legge n. 131 del 2003, esclusivamente nella materia della contabilità pubblica. L'ambito oggettivo di tale locuzione, in conformità a quanto stabilito dalle Sezioni Autonomie nel citato atto di indirizzo del 27 aprile 2004, nonché, da ultimo, nella deliberazione n. 5/2006, deve ritenersi riferito alla "attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo, in particolare, la disciplina dei bilanci e i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria-contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle spese, l'indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli". Inoltre, come precisato nei citati atti di indirizzo, possono rientrare nella funzione consultiva della Corte dei Conti le sole richieste di parere volte ad ottenere un esame da un punto di vista astratto e su temi di carattere generale.

Sotto quest'ultimo profilo la questione posta all'esame di questa Sezione, in quanto diretta ad ottenere l'interpretazione di norme che ciascun ente territoriale è tenuto ad osservare, ha indubbiamente il carattere della generalità. La stessa questione appare inoltre riferibile alla materia della contabilità pubblica. Il quesito ha infatti ad oggetto l'interpretazione di norme la cui applicazione si riflette immediatamente sull'allocatione delle risorse finanziarie e dunque sugli equilibri di bilancio degli enti territoriali. Inoltre l'obbligo di osservanza delle medesime costituisce principio di coordinamento della finanza pubblica (combinato disposto dei commi 729 e 730 della legge n. 296 del 2006). Per le ragioni sovresposte, la richiesta esaminata è da ritenersi ammissibile anche sotto il profilo oggettivo.

3) Merito:

L'articolo 1, comma 729, della legge n. 296 del 2006, introduce disposizioni dirette a ridurre il numero dei componenti dei consigli di amministrazione delle società partecipate da enti locali. In particolare prevede che nelle società partecipate totalmente dagli enti locali, anche se la partecipazione è in via "indiretta", il numero complessivo di componenti non possa essere superiore a tre, ovvero a cinque per le società con capitale, interamente versato, pari o superiore all'importo determinato con successivo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Tale importo è stato fissato in 2.000.000 di euro con d.p.c.m del 26 luglio 2007. Per le società miste, invece, lo stesso comma 729 stabilisce che il numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione designati dai soci pubblici locali, comprendendo nel numero anche quelli eventualmente designati dalle regioni, non possa essere superiore a cinque. Infine per rendere effettive le previste riduzioni, è sancito l'obbligo per le società interessate dalla norma di adeguare i propri statuti e gli eventuali patti parasociali entro tre mesi dall'entrata in vigore del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri sopra citato. La Provincia istante ritiene che l'illustrata disciplina possa non trovare applicazione nelle ipotesi di società partecipate da enti locali ove i componenti dei consigli di amministrazione svolgono il loro compito senza alcun emolumento e dunque senza alcun impegno di spesa gravante sui bilanci pubblici. Si sostiene infatti che la ratio sottesa all'articolo 1, comma 729 della legge 296 del 2006, sia esclusivamente quella del contenimento della spesa pubblica e che, conseguentemente, risulterebbe priva di effetto una sua applicazione alle società ove gli amministratori operano a titolo gratuito.

A parere di questa Sezione non è sostenibile l'interpretazione prospettata dalla provincia istante, non solo in ragione del tenore letterale delle disposizioni in esame, che basterebbe già di per sé ad escludere ogni possibile delimitazione del loro ambito applicativo, ma anche perché dall'interpretazione letterale delle stesse non sembra discendere un'applicazione meramente formale delle norme. Non vi è dubbio che l'intento primario del legislatore, attraverso l'introduzione della disciplina in esame, sia stato quello del contenimento della spesa pubblica. Tuttavia, le limitazioni imposte al numero complessivo degli amministratori nelle società totalmente partecipate, anche indirettamente, da enti locali, nonché al numero massimo degli amministratori designati dai soci pubblici nelle società miste, sono misure organizzative che possono trovare fondamento anche nell'esigenza di perseguire una maggiore efficienza nell'amministrazione delle

società partecipate da enti locali. Tale finalità, cui il legislatore sembra aver fatto riferimento o a cui, in ogni caso, le norme in esame, almeno astrattamente, possono rispondere, risulta perseguibile, sempre in coerenza con l'obiettivo finale del contenimento della spesa pubblica, anche laddove non si ottenga, come nel caso prospettato, un'immediata riduzione delle spese delle società partecipate. Le ragioni sovraesposte appaiono sufficienti, a parere di questa Sezione, ad escludere la possibilità di disapplicare la disciplina di cui all'articolo 1, comma 729, della finanziaria 2007, al caso di amministratori di società partecipate dagli enti locali operanti senza alcun compenso.

P.Q.M.

Nelle su estese osservazioni è il parere di questa Sezione. Copia del parere sarà trasmessa a cura del Direttore della Segreteria all'Amministrazione che ne ha fatto richiesta.

Così deliberato in Torino nella camera di consiglio del 5 dicembre 2007.

Il Referendario Relatore

F.to Dott. Giuseppe Maria MEZZAPESA

Il Presidente

F.to Prof. Avv. Ivo MONFELI

Depositato in Segreteria il 5 dicembre 2007

Corte dei Conti, Sez. delle Autonomie - delibera 24 aprile 2008 n. 6 - Pres. Lazzaro, Rel. Polito -
Oggetto: linee di indirizzo e criteri interpretativi dell'art. 3, commi 54-57 della legge 24/12/2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) in materia di regolamenti degli enti locali per l'affidamento degli incarichi di collaborazione, studio, ricerca e consulenza.

Presidente: Tullio LAZZARO;

Presidenti di Sezione: Giuseppe Salvatore LAROSA;

Presidenti delle Sezioni regionali: Vittorio ZAMBRANO, Salvatore GRECO, Mario Giulio Cesare SANCETTA, Giuseppe RANUCCI, Silvio AULISI, Nicola MASTROPASQUA, Mario CASACCIA;

Presidente di Sezione regionale F.F. Cons. Antonio NENNA;

Supplenti: Cons. Rosa FRUGUGLIETTI, cons. Gianfranco BATTELLI, Cons. Aldo CARLESCHI, cons. Alfredo GRASSELLI, 1^a Ref. Paola COSA;

Consiglieri: Rita ARRIGONI, Andrea LIOTTA, Francesco PETRONIO, Maria Luisa DE CARLI, Maria Teresa POLITO, Carmela IAMELE, Cinzia BARISANO;

Assistono all'adunanza i Presidenti delle Sezioni di controllo nelle regioni a Statuto speciale: Giuseppe PALUMBI e Camillo LONGONI; i I Referendari Maria Luisa ROMANO, Francesco TARGIA e Rocco LOTITO, i Referendari Maria Teresa D'URSO e Dario PROVVIDERA

sono presenti il Dirigente Generale dott.ssa Eleonora ADORNATO, il Dirigente dott.ssa Giuseppina RIZZOLO e, in qualità di Segretario, la dott.ssa Paola FAZIO

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la legge 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, commi 166 e seguenti;

Visti gli artt. 1 e 9 del regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, approvato con la deliberazione delle Sezioni Riunite n. 14 del 16 giugno 2000, come modificato dalla deliberazione delle Sezioni Riunite n. 2 del 3 luglio 2003, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 163 del 26 luglio 2003, con cui sono state individuate le competenze della Sezione delle autonomie;

Visto l'art.3, commi 54-57, legge 24/12/2007, n.244;

Considerata la necessità di definire, per le Sezioni regionali di controllo, linee di indirizzo e criteri interpretativi dell'art.3, commi 54-57, della legge 24/12/2007 n. 244 (legge finanziaria 2008), in materia di regolamenti degli enti locali per l'affidamento di incarichi di collaborazione, studio, ricerca e consulenza;

Vista la nota del 5 marzo 2008, prot.561 con la quale la Sezione delle Autonomie è stata convocata per la seduta odierna

Uditi i relatori: Pres. Nicola Mastropasqua e cons. Maria Teresa Polito;

Conclusivamente la Sezione, nell'odierna adunanza, dopo ampia discussione;

DELIBERA

di approvare il documento allegato che è parte integrante della presente deliberazione relativo a "linee di indirizzo e criteri interpretativi dell'art. 3, commi 54-57 della legge 24/12/2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) in materia di regolamenti degli enti locali per l'affidamento degli incarichi di collaborazione, studio, ricerca e consulenza".

Dispone che copia della presente deliberazione, a cura della Segreteria della Sezione, sia trasmessa a tutte le Sezioni regionali di controllo. Così deliberato nella Camera di consiglio del 14 marzo 2008. Depositata in Segreteria il giorno 24 aprile 2008

IL PRESIDENTE

Tullio Lazzaro

I RELATORI

Nicola Mastropasqua

Maria Teresa Polito

LINEE DI INDIRIZZO E CRITERI INTERPRETATIVI DELL'ART. 3, COMMI 54 -57, L. 244/2007, IN MATERIA DI REGOLAMENTI DEGLI ENTI LOCALI PER L'AFFIDAMENTO DI INCARICHI DI COLLABORAZIONE, STUDIO,

RICERCA E CONSULENZA

• Premessa

La legge finanziaria per il 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244) nel dettare regole alle quali gli enti locali debbono conformarsi per il conferimento di incarichi di collaborazione, di studio e di ricerca nonché di consulenza a soggetti estranei all'amministrazione, ha previsto la necessaria emanazione, da parte di ciascun ente locale, di norme regolamentari in materia, il cui testo deve essere trasmesso alla competente Sezione regionale della Corte dei conti entro trenta giorni dall'adozione. Molti Comuni, in adempimento dell'obbligo previsto dall'art. 3, comma 57, della legge n. 244/2007, hanno trasmesso e continuano a trasmettere alle diverse Sezioni regionali le relative norme regolamentari. In tale situazione sembra di utilità per tutte le Sezioni porre in essere l'esame dei problemi interpretativi che emergono dalle disposizioni recate in materia dalla legge finanziaria 2008 e che incidono sull'esercizio delle funzioni della Corte al fine di definire delle linee di indirizzo. Dal confronto fra le diverse Sezioni può, infatti, derivare la messa a punto di una serie di principi generali ed astratti che, oltre a costituire una base omogenea di riferimento per tutte le Sezioni, possano rappresentare una forma di collaborazione efficace per gli enti locali ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 131/2003.

L'art. 3, commi da 54 a 57, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, ha fissato regole di carattere procedimentale e sostanziale alle quali gli enti locali debbono conformarsi per il conferimento di incarichi di collaborazione, di studio e di ricerca nonché di consulenza a soggetti estranei all'amministrazione. Le disposizioni vanno inserite ed integrate, con il preesistente complesso normativo che disciplina la materia per delineare un quadro degli adempimenti a carico degli enti conferenti. Il dato di maggiore rilievo della disciplina dettata dalla legge finanziaria 2008 è, da una parte, l'obbligo di normazione regolamentare dei limiti, criteri e modalità di affidamento degli incarichi di cui sopra nonché del tetto di spesa annua, dall'altro la subordinazione del conferimento dell'incarico e delle consulenze ad un documento programmatico approvato dal Consiglio.

Le disposizioni operano su piani diversi. Le norme regolamentari dettano una disciplina generale ed astratta per l'affidamento dell'incarico, disciplina alla quale deve uniformarsi ciascun provvedimento in concreto adottato dall'amministrazione. Il primo contenuto precettivo del comma 56 dell'art. 3 della legge finanziaria per il 2008 è l'obbligo, posto in capo all'ente locale, di dettare norme regolamentari compiute in materia (debbono essere infatti fissati limiti, modalità e criteri per l'affidamento dell'incarico o della consulenza). Prima dell'emanazione del citato comma 56, dell'art. 3, della legge 244/2007 non necessariamente l'ente locale era munito di una disciplina regolamentare degli incarichi. E' sufficiente ricordare in proposito il quarto comma dell'art. 89 del T.U.E.L. L'adozione delle norme regolamentari deve avvenire nel rispetto delle competenze e delle procedure previste dal T.U.E.L.

Va allora posta in evidenza l'autonomia statutaria degli enti locali, con la conseguenza che lo statuto è il punto di riferimento primario nell'adozione dei regolamenti, sia per quanto riguarda la dislocazione delle competenze per la loro emanazione, sia per quanto riguarda i principi ai quali deve conformarsi il testo normativo.

- Competenza e disciplina procedimentale

La competenza ad adottare i regolamenti degli uffici e dei servizi appartiene alla Giunta, nel rispetto però dei criteri generali stabiliti dal Consiglio (art. 48, terzo comma, ed art. 42, secondo comma, lett. a) del T.U.E.L.). Il testo del comma 56 citato sembra, in ogni caso, presupporre la necessità, comunque, di rivalutare in sede regolamentare la materia degli incarichi di collaborazione per stabilire più stringenti criteri ed in ogni caso il limite massimo della spesa (complessiva) per incarichi e consulenze. Può pertanto, affermarsi che, sia nell'ipotesi in cui non siano state precedentemente inserite nel regolamento di organizzazione sia nell'ipotesi in cui sia necessario modificare in parte qua detto regolamento, il Consiglio comunale deve previamente fissare i criteri ai quali la Giunta dovrà attenersi nell'adozione delle norme regolamentari.

- Attività delle Sezioni regionali di controllo. Effetti

Il comma 57 dell'art. 3 della legge n. 244/2007 obbliga gli enti a trasmettere alla Corte dei conti, in un breve termine prefissato, le disposizioni regolamentari di cui si tratta. E' necessario esaminare gli effetti della predetta disposizione. La norma non contiene alcuna previsione sulle ricadute dell'obbligo, che vanno, quindi, ricostruite applicando i principi generali. In proposito, la prima riflessione è che, secondo il dato testuale dell'art. 3, comma 57, della legge n. 244/2007, l'efficacia delle disposizioni regolamentari non è subordinata al loro esame da parte della Corte dei conti. Deve escludersi quindi l'effetto tipico del controllo preventivo di legittimità, che è integrativo dell'efficacia dell'atto. Nella logica di sistema la obbligatoria trasmissione in termini temporali ravvicinati ad un organo di controllo esterno come la Corte dei conti va finalizzata all'esercizio di competenze desumibili dalle norme che regolano l'attività dell'Istituzione. In proposito va considerato che le disposizioni inserite nella legge finanziaria hanno la finalità di contenere la spesa pubblica per raggiungere l'equilibrio dei bilanci pubblici e gli obiettivi del patto di stabilità e che per l'accertamento del loro rispetto alla Corte è demandato un controllo di regolarità differenziato rispetto al controllo sulla gestione. Si deve allora ricordare che funzione tipica delle Sezioni regionali della Corte dei conti rispetto agli enti locali è l'esercizio di un controllo di natura "collaborativa". Peraltro la Corte costituzionale, con giurisprudenza ormai ampiamente consolidata ed univoca, ha affermato che il legislatore è libero di assegnare alla Corte dei conti qualsiasi forma di controllo, purché questo abbia un suo fondamento costituzionale, rinvenendo, peraltro, detto fondamento in una lettura adeguatrice al nuovo assetto della Repubblica di norme originariamente dettate per lo Stato quali gli artt. 100, 81, 97 primo comma e 28 della Costituzione (sentenze Corte Cost. n. 267/2006 e 179/2007). In questo quadro di rapporti istituzionali l'obbligo di trasmissione alla Corte dei conti di atti e documenti da parte degli enti locali non può essere fine a se stesso ma deve essere finalizzato allo svolgimento di funzioni. La trasmissione di regolamenti deve, pertanto, ritenersi strumentale al loro esame e ad una eventuale pronuncia della Corte dei conti. In relazione alla natura dell'atto, il controllo della Corte, secondo l'orientamento della Corte Costituzionale, è ascrivibile alla categoria del riesame di legalità e regolarità, in una prospettiva non più statica (come era il tradizionale controllo di legalità e regolarità), ma dinamica, volta a finalizzare il confronto tra fattispecie e parametro normativo all'adozione di effettive misure correttive. Strumento per raggiungere siffatto risultato in una tipologia di controllo di natura collaborativa può essere individuato nell'applicazione dei principi e dell'iter procedurale dettati dall'art. 1, comma 168, della legge n. 266/2005. A parametro delle disposizioni regolamentari vanno altresì assunti i limiti normativi di settore ed in particolare l'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001 e l'art. 110 del d.lgs. n. 267/2000. Va ricordato che le norme da ultimo richiamate hanno un particolare valore per aver positivizzato principi affermati da una giurisprudenza ormai univoca, quali presupposti essenziali per il ricorso

agli incarichi esterni; essi costituiscono regole di organizzazione non derogabili da disposizioni regolamentari ed, in gran parte, neppure da norme di rango superiore in quanto trovano fondamento in principi costituzionali. È necessario ricordare che l'esame della Corte sulle norme regolamentari riguarda solo detta materia e non va perciò estesa ad altre norme anche nell'ipotesi nella quale l'ente trasmetta l'intero regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi

• Presupposti

Va affermato che il legislatore, positivizzando principi di origine pretoria, segnatamente della giurisprudenza contabile, all'art. 7 del d. lgs. n. 165/2001 ha indicato i presupposti essenziali per il ricorso agli incarichi esterni:

- l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente e ad obiettivi e progetti specifici e determinati;

- l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;

- la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata (ai sensi dell'art. 3, comma 76, legge 244/2007, di particolare e comprovata specializzazione universitaria);

- devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione.

Inoltre, è previsto che le amministrazioni pubbliche disciplinino e rendano pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi e che i regolamenti di cui all'art. 110 co. 6, del d. lgs. n. 267/2000 si adeguino ai principi suindicati. Le leggi finanziarie, oltre a fissare precisi limiti di spesa per gli incarichi esterni, hanno rafforzato il regime di trasparenza degli stessi, attraverso l'obbligo della pubblicità e dell'adeguata motivazione, ed il controllo sui medesimi in capo agli organi interni e alla Corte dei conti (legge n. 662/1996, d.l. n. 168/2004, convertito nella legge n. 191/2004, legge n. 311/2004, legge n. 266/2005).

• Oggetto

Oggetto del regolamento sono materie eterogenee in quanto il comma 56, dell'art. 3, della legge finanziaria 2008, si applica sia agli incarichi di studio, ricerca e collaborazione sia alle consulenze.

Incarichi di studio, ricerca e consulenze. Ai sensi dell'art. 3, comma 55, della legge finanziaria per il 2008 "l'affidamento da parte degli enti locali di incarichi di studio o di ricerca, ovvero di consulenze", a soggetti estranei all'amministrazione può avvenire solo nell'ambito di un programma approvato dal Consiglio ai sensi dell'art. 42 comma 2, lett.b) T.U.E.L. La norma citata comprende un'ampia tipologia di documenti programmatici di competenza del Consiglio; di conseguenza gli incarichi di cui si parla debbono essere previsti nel loro oggetto da documenti programmatici, che scontino con adeguata motivazione la necessità/opportunità di ricorrere all'incarico in relazione agli obiettivi ed ai programmi da attuare. Com'è noto il d.L. n. 168/2004, convertito nella legge n. 191/2004, ha distinto tre tipologie di incarichi esterni: di studio, di ricerca, di consulenza. La Corte dei conti SS.RR. in sede di controllo (delib. n. 6 del 15 febbraio 2005) ne ha fornito una definizione: per gli incarichi di studio, il riferimento è all'art. 5 D.P.R. n. 338/1994 che richiede sempre la consegna di una relazione scritta; gli incarichi di ricerca presuppongono la preventiva definizione del programma da parte dell'amministrazione; le consulenze si sostanziano nella richiesta di un parere ad un esperto esterno. Il tratto che accomuna le differenti tipologie è, secondo le SS.RR., la sostanziale riconducibilità di tali fattispecie alla categoria del contratto di lavoro autonomo, più precisamente al contratto di prestazione d'opera intellettuale ex artt. 2229-2239 c.c. In particolare gli incarichi di studio possono essere conferiti a soggetti particolarmente qualificati nella materia. Essi debbono avere ad oggetto materie di interesse del soggetto che li conferisce, avere durata certa e concludersi con la presentazione di elaborati espositivi dei risultati dello studio o della ricerca. Tutti questi elementi debbono risultare dall'atto di conferimento dell'incarico di studio, che regola il rapporto tra soggetto conferente ed incaricato.

Incarichi di collaborazione

Il comma 56 dell'art. 3 della legge finanziaria per il 2008 sottopone alla dettagliata disciplina regolamentare, oltre che gli incarichi di "studio o di ricerca ovvero di consulenze", anche quelli di "collaborazione". Gli incarichi di collaborazione attengono a due finalità diverse, e cioè integrare gli organi di staff del sindaco o degli assessori ovvero supportare l'attività degli ordinari uffici dell'ente. Le differenze non sono irrilevanti. Nella prima ipotesi gli incarichi di collaborazione possono essere conferiti dal Sindaco o dagli assessori competenti "intuitu personae" a soggetti che rispondono a determinati requisiti di professionalità entro i limiti, anche di spesa, secondo i criteri e con le modalità previste nel regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi e fermo restando il limite massimo di durata dell'incarico da conformarsi alla permanenza in carica del soggetto competente.

Nella seconda ipotesi il discorso è più complesso. Va innanzitutto ricordato che le norme regolamentari intese a disciplinare detti incarichi debbono adeguarsi, in forza dell'art. 34, comma 6 ter, della legge n. 248/2006 di conversione del d.l. n. 223/2006, ai principi contenuti nel medesimo art. 32, dettati a fini di contenimento della spesa e del coordinamento della finanza pubblica. La vicenda, peraltro, si inserisce nel più complesso discorso della provvista di personale a tempo determinato per lo svolgimento dell'attività dell'ente. Le disposizioni regolamentari che verranno emanate in proposito vanno, pertanto, coordinate con le norme di cui all'art. 3, commi da 90 a 96, della legge finanziaria 2008. In ogni caso qualsiasi contratto di lavoro a tempo determinato deve essere preceduto da procedure selettive di natura comparativa in forza dei noti principi costituzionali oltre che delle specifiche disposizioni da ultimo richiamate. L'organo competente a conferire l'incarico è il dirigente preposto al settore, secondo il normale ordine delle attribuzioni. Del tutto al di fuori dell'ambito di applicazione del comma 56 risultano essere gli incarichi conferiti ex art. 90 del TUEL (Uffici di supporto agli organi di direzione politica), ossia le cosiddette "collaborazioni di staff". Infatti l'art. 90 TUEL fa espresso riferimento a dipendenti dell'ente ovvero a "collaboratori assunti con contratto a tempo determinato" (collocati, se dipendenti da una pubblica amministrazione, in aspettativa senza assegni), cui si applica il contratto collettivo nazionale di lavoro del personale degli enti locali. Quindi figure professionali sostanzialmente riconducibili al rapporto di lavoro subordinato. Più complesso è il discorso relativo all'esatta delimitazione delle "collaborazioni coordinate e continuative" (ex art. 409 n. 3 c.p.c.) e alla loro distinzione rispetto agli incarichi di collaborazione. Resta fermo, secondo le SS.RR. (deliberazione n. 6/2005) che, qualora un atto rechi il nome di collaborazione coordinata e continuativa, ma, per il suo contenuto, rientri nella categoria degli incarichi di studio o di ricerca o di consulenza, il medesimo sarà soggetto al limite di spesa, alla motivazione, ai controlli ed alle altre prescrizioni imposte dalla normativa generale sugli incarichi esterni. Tale ragionamento trova conferma nel d.lgs. n. 165/2001, che all'art. 7 co. 6 stabilisce che le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa" e prevede i medesimi presupposti per l'affidamento degli stessi; trova conferma, altresì, nelle varie leggi finanziarie, dove la distinzione risulta operante esclusivamente ai fini di individuare i limiti di spesa pertinenti. Questa logica distintiva appare ancora attuale nell'impianto della legge finanziaria per il 2008, ed anzi è portata alle estreme conseguenze. Da un lato l'utilizzo delle co.co.co. appare attualmente fortemente ristretto: la logica della legge finanziaria per il 2008 è, infatti, quella di evitare il formarsi di precariato nella P.A., anche attraverso un rigido contenimento del lavoro flessibile (art. 3 comma 79), con la conseguenza che per l'espletamento delle ordinarie attività amministrative varrà il principio generale "dell'autosufficienza". Dall'altro lato, vengono ulteriormente fissati i limiti agli incarichi esterni ad elevata professionalità prevedendo, per queste ultime, gli adempimenti di cui ai commi 54-57 dell'art. 3. L'individuazione dell'alta professionalità risulta peraltro subordinata al requisito della particolare e comprovata specializzazione universitaria" di cui al comma 76 dell'art. 3 della legge finanziaria per il 2008 (che ha modificato l'art 7,co. 6 d. lgs. n. 165/2001). Va da ultimo posta in evidenza la necessità, per gli enti, di ricorrere, di norma, a procedure comparative, per la scelta dei collaboratori esterni, ciò anche in

ossequio ai principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione sanciti dall' art. 97 della Costituzione.

Nella presente deliberazione non viene esaminata la problematica relativa alle co.co.co. ed alla loro utilizzazione concreta, in quanto nelle more del deposito della deliberazione stessa è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 95 del 2-11 aprile 2008.

- Materie escluse dalla disciplina

Le disposizioni regolamentari non trovano applicazione a quelle materie, come l'appalto di lavori o di beni o di servizi, di cui al d. lgs. n. 163/2006 (cosiddetto "codice dei contratti pubblici"). Infatti, secondo la giurisprudenza amministrativa consolidata (da ultimo Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 263/2008) l'incarico professionale (di consulenza, studio o ricerca) in linea generale si configura come contratto di prestazione d'opera ex artt. 2222-2238 c.c. riconducibile al modello della locatio operis, rispetto al quale assume rilevanza la personalità della prestazione resa dall'esecutore. Concettualmente distinto rimane, pertanto, l'appalto di servizi, il quale ha ad oggetto la prestazione imprenditoriale di un risultato resa da soggetti con organizzazione strutturata e prodotta senza caratterizzazione personale. Con riferimento, poi, all'incarico conferito ad un libero professionista, avvocato esterno all'Amministrazione, va distinta l'ipotesi della richiesta di una consulenza, studio o ricerca, destinata sostanzialmente a sfociare in un parere legale, rispetto alla rappresentanza e patrocinio giudiziale. La prima ipotesi rientra sicuramente nell'ambito di previsione dell'art. 3 commi da 54 a 57 della legge finanziaria per il 2008.

La seconda, invece, esorbita concettualmente dalla nozione di consulenza, e quindi ad essa non potrà applicarsi la disciplina della legge finanziaria per il 2008 sopra indicata. Peraltro, appare possibile ricondurre la rappresentanza/patrocinio legale nell'ambito dell'appalto di servizi, dovendosi fare in generale riferimento alla tipologia dei "servizi legali" di cui all'allegato 2B del d. lgs. n. 163/2006, che costituisce, ai sensi dell'art. 20 del decreto, uno dei contratti d'appalto di servizi cosiddetti "esclusi", assoggettato alle sole norme del codice dei contratti pubblici richiamate dal predetto art. 20, nonché i principi indicati dal successivo art. 27 (trasparenza, efficacia, non discriminazione).

- L'ambito finanziario

La spesa prevista dovrà poi essere inserita, concorrendo al limite massimo fissato nel regolamento, nell'apposito stanziamento del bilancio annuale. Va, peraltro, precisato che il limite massimo di spesa indicato nel regolamento deve essere fissato discrezionalmente dall'ente secondo criteri di razionalità e rapportato alle dimensioni dell'ente con particolare riguardo alla spesa per il personale, attraverso una previsione annuale (comma 56).

Consiglio di Stato, Sez.IV, sentenza 29 gennaio 2008 n.263

1- Il conferimento di un incarico professionale di consulenza per gli aspetti geologici nell'ambito della redazione di un piano strutturale (urbanistico) e di un regolamento edilizio non rientra né nell'ambito della disciplina degli appalti di lavori pubblici (trattandosi invero di un'attività professionale – qualificata locatio operis – riferibile ad una scelta eminentemente fiduciaria del professionista, Cass. SS.UU. 19 ottobre 1998, n. 10370; C.d.S., sez. IV, 27 novembre 2000, n. 6315; 28 agosto 2001, n. 4573; sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4433), né in quella degli appalti di servizi (non rinvenendosi i caratteri propri dell'appalto di servizio ex art. 1655 C.C. e art. 3 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, giacché l'appalto si distingue dal contratto d'opera in quanto l'appaltatore deve essere una media o grande impresa, C.d.S., sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4573). D'altra parte, anche se non è espressamente disciplinato il conferimento di tali incarichi fiduciari, in base ai principi di trasparenza e di buon andamento l'amministrazione può stabilire le regole per l'individuazione in concreto del soggetto più idoneo ed adeguato (per professionalità, esperienze, conoscenze tecniche) cui conferire il predetto incarico fiduciario, regole alle quali essa stessa è poi ineluttabilmente vincolata, proprio in ossequio ai principi fondamentali di legalità, imparzialità e buon andamento fissati dall'articolo 97 della Costituzione.

2- Le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti, nonché la salvaguardia del valore della loro par condicio, impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, per cui deve essere preclusa qualsiasi esegesi delle stesse non giustificata da un'obiettivo incertezza del loro significato ovvero palesante significati non desumibili dalla loro originaria formulazione (C.d.S., sez. V, 15 aprile 2004, n. 2162); a tale principio si oppone quello della sanabilità delle (sole) irregolarità formali, di derivazione comunitaria e rilevante anche nell'ordinamento interno, che consente di attenuare il rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale, sempreché esse non incidano sull'assetto sostanziale degli interessi coinvolti nella procedura e non alterino le regole riguardanti la par condicio dei concorrenti (C.d.S., sez. V, febbraio 2004, n. 364) e purché sussistano dubbi sulla esatta portata delle prescrizioni di gara (C.d.S., sez. V, 25 gennaio 2003, n. 357) ovvero le stesse possano dar luogo a più interpretazioni sugli adempimenti richiesti alle imprese (C.d.S., sez. V, 2 marzo 1999, n. 223).

DECISIONE

sul ricorso in appello iscritto al NRG. 8667 dell'anno 2002, proposto dalla soc. XXX, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato G. Vicicone, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, al Corso dei Lombardi, n. 4 (presso lo studio dell'avv. Alessandro Turco);

contro

il COMUNE DI BIBBIENA, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. S. Pasquini, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, al Lungotevere Flaminio n. 46, palazzo IV, sc. B (presso lo studio del dott. Gian Marco Grez);

e nei confronti di

ZZZ, in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Toscana, sez. II, n. 1020 del 20 maggio 2002, e per l'accoglimento del ricorso di primo grado;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

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

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 20 novembre 2007 il Consigliere Carlo Saltelli;

Udito l'avv. A. Mantero su delega dell'avv. S. Pasquini;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con avviso in data 20 luglio 2000 (pubblicato il successivo 25 luglio) il Comune di Bibbiena indiceva una selezione pubblica per l'affidamento ad un dottore in geologia (ovvero anche a gruppi di lavoro temporaneamente costituiti), tramite stipula di convenzione, dell'incarico professionale di consulenza per gli aspetti geologici, ai fini della redazione del nuovo piano regolatore generale (costituito dal piano strutturale e dal regolamento urbanistico). L'avviso ha previsto che gli interessati dovessero allegare all'istanza di partecipazione un curriculum professionale con l'indicazione delle precedenti specifiche esperienze nel settore, nonché un sintetico programma di lavoro accompagnato dalla relativa offerta economica: costituivano titoli di preferenza le precedenti esperienze di lavoro per la redazione di analoghi strumenti urbanistici, la capacità di fornire gli elaborati in formato digitale e la conoscenza di sistemi g.i.s., la costruzione di gruppi interdisciplinari con la presenza di figure professionali complementari (agronomo, forestale, esperto in ingegneria idraulica ed ingegneria naturalistica); la selezione sarebbe stata effettuata da una commissione (che avrebbe potuto attivare eventuali colloqui con i candidati per approfondire e valutare le esperienze maturate e la conoscenza richiesta), riservandosi l'amministrazione di valutare insindacabilmente l'opportunità del conferimento dell'incarico in base all'esame dei curricula presentati. Come risulta dal verbale n. 1 del 1° marzo 2001, la commissione incaricata di valutare le offerte, prima di procedere al loro esame, pur rilevando che l'importo dell'incarico da affidare era inferiore alla soglia comunitaria e che, pertanto, la Giunta municipale aveva la massima libertà nella scelta dei soggetti cui attribuire l'incarico stesso, osservava che la propria funzione consisteva nell'esprimere un giudizio tecnico sulle istanze presentate e che, mancando nel bando ogni elemento utile al riguardo, considerava l'affidamento oggetto della selezione equiparabile ad un appalto di servizi, con la conseguente applicazione del D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, e del D.P.C.M. 13 marzo 1999, n. 117 (con l'attribuzione di 60 punti per la qualità della prestazione offerta, curriculum ed anzianità professionale, precedenti esperienze di lavoro per la redazione di analoghi strumenti urbanistici e conoscenza del territorio, livello di informatizzazione, programma di lavoro e organizzazione interdisciplinare, e di 40 punti per l'offerta economica, valutata secondo quanto previsto nell'allegato A del D.P.C.M. 13 marzo 1999, n. 117). Con il verbale n. 3 del 31 marzo 2001, la Commissione concludeva i lavori e ordinava le offerte presentate secondo i punteggi attribuiti in base ai criteri, precisando che "...nell'elenco ordinato di cui sopra (la) Giunta Municipale ha la massima libertà di scelta del professionista cui affidare l'incarico". La Giunta Municipale, con la delibera n. 180 dell'11 maggio 2001, conferiva l'incarico de quo alla ZZZ, assumendo che quest'ultima "...oltre ad aver conseguito un giudizio di valore ottimale in relazione ai requisiti richiesti per la redazione delle indagini di supporto agli strumenti urbanistici in oggetto, ha presentato sulla base delle notevoli conoscenze territoriali e delle precedenti collaborazioni con relative istituzioni cartografiche, una offerta economica estremamente vantaggiosa"; in data 2 luglio 2001 veniva anche stipulata la relativa convenzione tra il Comune di Bibbiena e la ZZZ.

La ditta XXX, che - secondo quanto risultava dai lavori della commissione incaricata di valutare le istanze di partecipazione alla selezione - aveva ottenuto il punteggio più alto (60 punti, laddove la ZZZ aveva conseguito 57 punti), con il ricorso notificato il 4 ottobre 2001, chiedeva al TAR della Toscana l'annullamento della predetta delibera (e dell'avviso pubblico del 20 luglio 2000, nella parte in cui riservava all'amministrazione la facoltà di valutare insindacabilmente l'opportunità del conferimento dell'incarico in base all'esame dei curricula presentati, ed il regolamento comunale dei contratti, che attribuiva alla Giunta l'individuazione del soggetto cui conferire l'incarico in questione).

Con quattro motivi (rubricati rispettivamente: "violazione della lex specialis di gara - eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà"; "violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 e dell'art. 17 l. n. 109/94 - difetto assoluto di motivazione - eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità della motivazione - sviamento di potere"; "in via subordinata: illegittimità della clausola del bando di gara nella parte in cui prevede che l'amministrazione si riserva la facoltà di valutare

insindacabilmente l'opportunità del conferimento in base all'esame dei curricula presentata" e "violazione degli art. 107 e 192 della legge 18 agosto 2000, n. 267, comma 3, lett. b)"), la ricorrente deduceva l'illegittimità del provvedimento impugnato, in quanto emesso in violazione delle regole della procedura, rilevando, per un verso, che la clausola di riserva inserita nell'avviso pubblico poteva essere interpretata solo nel senso di non attribuire l'incarico, ma non già in quello – del tutto irragionevole ed inammissibile – di scegliere arbitrariamente il soggetto cui affidare l'incarico e, per altro verso, che in ogni caso non erano state neppure esplicitate le ragioni per le quali l'amministrazione si era discostata dalle conclusioni della commissione; che la competenza, non solo a presiedere la gara, ma anche ad individuare il soggetto cui affidare l'incarico, spettava esclusivamente al dirigente e non già alla giunta municipale.

Il TAR, con l'ordinanza n. 1203 del 25 ottobre 2001, accogliendo l'istanza cautelare, ingiungeva al Comune di procedere ad una "nuova valutazione suffragata da un'adeguata motivazione, che tenga conto della comparazione con tutte le ditte che hanno partecipato alla selezione in questione". In sede di esecuzione di tale ordinanza, la Giunta Municipale con la delibera n. 411 del 16 novembre 2001, comparate le offerte presentate dalla ricorrente e dalla controinteressata, confermava il dispositivo del precedente atto deliberativo (n. 180 dell'11 maggio 2001), dando atto che il nuovo provvedimento si configurava come integrativo della motivazione della precedente impugnata delibera; quindi, con l'atto n. 1078 del 26 novembre 2001, il responsabile del servizio confermava l'affidamento dell'incarico alla ditta ZZZ. La XXX impugnava anche tale delibera con i motivi aggiunti notificati il 22 giugno 2002 ed ha chiesto, altresì, l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di conferirle l'incarico a titolo di risarcimento in forma specifica ovvero di risarcirle il danno per equivalente; l'impugnativa era incentrata su quattro ordini di censure ("violazione applicazione dell'art. 97 Cost. – violazione e falsa applicazione della lex specialis della gara – violazione del principio di imparzialità – violazione dell'art. 3 L. 241/90 – eccesso di potere per sviamento – illogicità – contraddittorietà, carenza di motivazione"; "violazione applicazione dell'art. 97 della Costituzione, sotto ulteriore profilo – violazione del principio di imparzialità, dell'art. 3 L. 241/90 e dell'art. 17 L. 109/94 sotto ulteriore profilo – violazione della lex specialis della gara sotto ulteriore profilo – eccesso di potere per sviamento, sotto ulteriore profilo; carenza di motivazione; carenza di presupposti; difetto di istruttoria; travisamento; illogicità manifesta"; "violazione e falsa applicazione di legge, in relazione agli artt. 107 e 192 della legge 18.8.2000, n. 267, comma 3, lett. b), incompetenza"; "In ordine, in via subordinata, all'aggiudicazione dell'incarico – in conseguenza dell'annullamento dei provvedimenti impugnati – alla ricorrente (risarcimento in forma specifica) – In ordine, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente – In ordine alle spese di giudizio"), con cui venivano estese anche ai nuovi provvedimenti le censure formulate con il ricorso principale, rilevandosi in particolare che la nuova valutazione delle offerte – per altro parziale rispetto a quanto stabilito dall'ordinanza cautelare – era avvenuta in base a criteri diversi da quelli fissati dall'avviso di gara, senza alcuna motivazione sulla asserita (ma indimostrata, proprio sulla scorta dei curricula prodotti) prevalenza dell'offerta della controinteressata, ingiustificatamente considerata "di gran lunga la migliore"; inoltre, censurati i nuovi provvedimenti anche per incompetenza, la ricorrente chiedeva, quale risarcimento in forma specifica, di essere dichiarata vincitrice della selezione, con attribuzione dell'incarico ai sensi dell'articolo 35 del d. le. N. 80 del 1998, come modificato dalla legge n. 205 del 2000, e in via subordinata chiedeva la condanna dell'amministrazione al risarcimento per equivalente del danno fissato nella misura del 10% della propria offerta economica per un ammontare di €. 3.916,35 ovvero nella diversa somma ritenuta di giustizia, oltre al pagamento delle spese di giudizio.

Con la sentenza n. 1020 del 20 maggio 2002, il TAR respingeva il ricorso, ritenendo infondate tutte le censure formulate con il ricorso principale e con i motivi aggiunti. Ad avviso del TAR, trattandosi dell'affidamento di un servizio di importo nettamente inferiore alla soglia comunitaria, non trovava applicazione il decreto legislativo n. 157 del 1995 sugli appalti di servizi e l'amministrazione aveva correttamente espletato una procedura di gara informale che le lasciava

piena libertà di scelta del contraente, tanto più che essa non si era autovincolata a determinate valutazioni o a determinati punteggi: sotto tale profilo, la clausola dell'avviso pubblico con cui l'amministrazione si era riservata la valutazione insindacabile di conferire l'incarico era pienamente legittima, mentre la commissione incaricata di valutare le offerte aveva una funzione meramente istruttoria. Non sussisteva, poi, il difetto di competenza della Giunta Municipale, atteso che, trattandosi di un incarico fiduciario, si era in presenza di un atto di indirizzo; ciò senza contare che successivamente era stato il responsabile del servizio urbanistica (determina n. 1078 del 26 novembre 2001) a confermare l'aggiudicazione alla ZZZ; né si rinveniva il dedotto vizio di motivazione della ricordata determina del responsabile del servizio urbanistica, essendo stata richiamata per relationem la delibera di Giunta comunale n. 411 del 16 novembre 2001. Con riguardo ai motivi aggiunti, il TAR riteneva errato il richiamo alla legge n. 109 del 1994 che, riguardando i lavori pubblici, non poteva trovare applicazione nel caso di specie, in cui si trattava di un appalto di servizi al di sotto della soglia comunitaria e pertanto disciplinato dalla normativa generale dei contratti, pienamente rispettata in concreto; d'altra parte, a seguito dell'ordinanza cautelare, l'amministrazione aveva proceduto ad una ulteriore e approfondita valutazione delle offerte in competizione, non potendo dubitarsi, con riferimento al canone fondamentale dell'economicità dell'azione amministrativa, della legittimità della valutazione delle offerte fondate sul criterio della convenienza economica. Con il gravame in esame, la XXX ha appellato la sentenza del TAR, chiedendone la riforma in base a quattro articolati motivi di censura, rubricati rispettivamente "violazione dell'art. 97 Cost. Violazione del principio di imparzialità, violazione dell'art. 3 L. 241/90. Eccesso di potere per sviamento, illogicità, contraddittorietà, carenza di motivazione" (primo motivo); "Violazione dell'art. 97 della Costituzione, sotto ulteriore profilo. Violazione del principio di imparzialità, dell'art. 3 L. 241/90 e dell'art. 17 L. 109/94 sotto ulteriore profilo. Violazione della lex specialis della gara, sotto ulteriore profilo. Eccesso di potere per sviamento, sotto ulteriore profilo; carenza di motivazione; carenza di presupposti; difetto di istruttoria; travisamento; illogicità manifesta" (secondo motivo); "violazione e falsa applicazione di legge, in relazione agli artt. 107 e 192 della legge 18.8.2000, n. 267, comma 3, lett. b)" (terzo motivo); "sulla domanda di condanna al risarcimento del danno ed alle spese di giudizio" (quarto motivo). Secondo le tesi dell'appellante, i primi giudici avrebbero erroneamente respinto il ricorso ed i motivi aggiunti proposti in primo grado, atteso che l'amministrazione comunale aveva autolimitato la propria facoltà di scelta del contraente, così che non solo non si era in presenza di una gara informale, come erroneamente ritenuto dai primi giudici, per quanto proprio la scelta del contraente doveva avvenire sulla scorta degli stessi criteri fissati dall'amministrazione nell'avviso di gara e della conseguente graduatoria approntata dalla commissione incaricata di valutare le offerte, non potendosi prendere in considerazione altri elementi di giudizio o di valutazione: pertanto, non poteva dubitarsi che l'incarico oggetto della gara non avrebbe potuto che essere conferito ad essa appellante, tanto più che anche la successiva valutazione comparativa effettuata dall'amministrazione comunale a seguito della pronuncia cautelare dei primi giudici era assolutamente errata ed immotivata. Sotto altro profilo, poi, l'appellante ha altresì reiterato la censura relativa al vizio di incompetenza che inficierebbe gli atti impugnati (indizione della gara per il conferimento dell'incarico professionale, presidenza del seggio di gara, adozione della successiva determinazione di approvazione degli atti della commissione), in quanto adottati dalla giunta municipale invece che dal dirigente responsabile del settore, non potendo condividersi la predicata natura di atto di indirizzo politico dell'incarico fiduciario relativo alla redazione del piano regolatore generale; né tale vizio poteva considerarsi emendato dalla successiva attività amministrativa, in quanto con la determinazione in data 22 novembre 2001 il responsabile del servizio urbanistico si era limitato a prendere atto della delibera della Giunta Comunale n. 411 del 16 novembre 2001 di mera conferma del proprio precedente deliberato (n. 180 dell'11 maggio 2001). L'appellante ha riproposto anche la domanda di risarcimento del danno per equivalente, quantificandolo nella misura minima del 10% della offerta economica proposta per un importo complessivo pari a €. 3916, 35, ovvero nella diversa somma ritenuta di giustizia.

Ha resistito al gravame il Comune di Bibbiena che ne ha chiesto il rigetto, deducendone la inammissibilità, improcedibilità ed infondatezza.

DIRITTO

I. L'appello è fondato e deve essere accolto.

I.1. Meritano innanzitutto favorevole considerazione i primi due motivi di appello (che per la loro connessione vanno trattati congiuntamente), con i quali è stata lamentata l'erroneità della sentenza per aver ritenuto legittimo l'affidamento dell'incarico alla ZZZ, laddove esso era invece inficiato da violazioni dell'articolo 97 della Costituzione, dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990, dell'articolo 17 della legge n. 109 del 1994, nonché da eccesso di potere nelle sintomatiche figure dello sviamento, del difetto di istruttoria, del difetto di motivazione, nonché della illogicità e della contraddittorietà. Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

I.1.1. Diversamente da quanto ritenuto dalla sentenza gravata, il conferimento di un incarico professionale di consulenza per gli aspetti geologici nell'ambito della redazione di un piano strutturale (urbanistico) e di un regolamento edilizio non rientra né nell'ambito della disciplina degli appalti di lavori pubblici (trattandosi invero di un'attività professionale – qualificata *locatio operis* – riferibile ad una scelta eminentemente fiduciaria del professionista, Cass. SS.UU. 19 ottobre 1998, n. 10370; C.d.S., sez. IV, 27 novembre 2000, n. 6315; 28 agosto 2001, n. 4573; sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4433), né in quella degli appalti di servizi (non rinvenendosi i caratteri propri dell'appalto di servizio ex art. 1655 C.C. e art. 3 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, giacché l'appalto si distingue dal contratto d'opera in quanto l'appaltatore deve essere una media o grande impresa, C.d.S., sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4573). D'altra parte, anche se non è espressamente disciplinato il conferimento di tali incarichi fiduciari, in base ai principi di trasparenza e di buon andamento l'amministrazione può stabilire le regole per l'individuazione in concreto del soggetto più idoneo ed adeguato (per professionalità, esperienze, conoscenze tecniche) cui conferire il predetto incarico fiduciario, regole alle quali essa stessa è poi ineluttabilmente vincolata, proprio in ossequio ai principi fondamentali di legalità, imparzialità e buon andamento fissati dall'articolo 97 della Costituzione. In tal caso, le prescrizioni contenute nel bando di gara e nella lettera d'invito costituiscono la *lex specialis* della gara e vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa amministrazione che non conserva, perciò, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione (ex pluribus, C.d.S., sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3297; sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32; 13 novembre 2002, n. 6300), né può disapplicarle (neppure nel caso in cui talune delle regole stesse risultino inopportune, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando, C.d.S., sez. V, 30 dicembre 2004, n. 8292; sez. VI, 1 ottobre 2003, n. 5712; 14 gennaio 2002, n. 166). Le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti, nonché la salvaguardia del valore della loro par condicio, impongono, poi, di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, per cui deve essere preclusa qualsiasi esegesi delle stesse non giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato ovvero palesante significati non desumibili dalla loro originaria formulazione (C.d.S., sez. V, 15 aprile 2004, n. 2162); a tale principio si oppone quello della sanabilità delle (sole) irregolarità formali, di derivazione comunitaria e rilevante anche nell'ordinamento interno, che consente di attenuare il rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale, sempreché esse non incidano sull'assetto sostanziale degli interessi coinvolti nella procedura e non alterino le regole riguardanti la par condicio dei concorrenti (C.d.S., sez. V, febbraio 2004, n. 364) e purché sussistano dubbi sulla esatta portata delle prescrizioni di gara (C.d.S., sez. V, 25 gennaio 2003, n. 357) ovvero le stesse possano dar luogo a più interpretazioni sugli adempimenti richiesti alle imprese (C.d.S., sez. V, 2 marzo 1999, n. 223).

I.1.2. Nella specie, emerge dalla precedente esposizione in fatto che, per l'affidamento dell'incarico di consulenza per gli aspetti geologici per la redazione del piano strutturale e del regolamento edilizio, l'amministrazione comunale di Bibbiena aveva procedimentalizzato la fase di scelta del contraente, prevedendo i requisiti delle offerte, fissando i criteri di preferenza e stabilendo che la valutazione delle offerte sarebbe stata effettuata da una commissione (che, come risulta dal verbale

n. 1 del 1° marzo 2001, ha poi integrato i criteri per procedere effettivamente alla valutazione delle offerte). La scelta del soggetto cui affidare l'incarico di consulenza doveva pertanto avvenire in base a tali criteri, dovendo l'amministrazione necessariamente conformarsi alle conclusioni dell'attività istruttoria svolta dalla commissione incaricata di valutare le offerte, salva la possibilità di motivare adeguatamente le ragioni per le quali avesse ritenuto di non poterne condividere le risultanze. Sennonché, malgrado la commissione avesse considerato migliore l'offerta della XXX (in base ai parametri stabiliti, incontestati nel corso del procedimento), la Giunta Municipale con la delibera n. 180 dell'11 maggio 2001, pur affermando espressamente di fare proprie le risultanze della predetta commissione "...in relazione ai giudizi di valore attribuiti ai vari titoli preferenziali per l'attribuzione dell'incarico", decideva di affidare l'incarico in questione alla ZZZ, assumendo che quest'ultima "...oltre ad aver conseguito un giudizio di valore ottimale in relazione ai requisiti richiesti per la redazione delle indagini di supporto agli strumenti urbanistici in oggetto ha presentato sulla base delle notevoli conoscenze territoriali e delle precedenti collaborazioni con relative restituzioni cartografiche, una offerta economica estremamente vantaggiosa per l'amministrazione comunale". Risultano così sussistenti tutti i profili di eccesso di potere dedotti dall'appellante, perché – in assenza di adeguata motivazione – la giunta ha preferito l'offerta della ZZZ, laddove, come risulta dal verbale della commissione n. 3 del 31 marzo 2001, risultava l'offerta complessivamente migliore dell'appellante: al riguardo, è sufficiente rilevare che l'avviso pubblico non aveva previsto come elemento decisivo ai fini del conferimento dell'incarico la convenienza economica dell'offerta, come incongruamente ritenuto dall'amministrazione. Per escludere la sussistenza dei medesimi profili di eccesso di potere, non rileva il fatto che la commissione abbia integrato i criteri di valutazione contenuti nell'avviso: al riguardo, emerge pacificamente dalla lettura della sua motivazione che la delibera della giunta municipale ha fatto proprio l'operato della stessa commissione, condividendo quindi anche la scelta di stabilire i criteri di valutazione delle offerte in virtù dei quali è stata poi approntata la valutazione finale delle offerte.

I.1.3. In base a tali considerazioni, non può condividersi l'assunto dei primi giudici secondo cui l'affidamento dell'incarico alla ZZZ si sarebbe legittimamente basato sulla clausola dell'avviso pubblico che riservava all'amministrazione la facoltà di valutare insindacabilmente l'opportunità del conferimento in base all'esame dei curricula presentati. Invero, poiché l'attività della pubblica amministrazione deve ispirarsi ai principi fondamentali di legalità, imparzialità e buon andamento, fissati nell'articolo 97 della Costituzione, la medesima clausola va interpretata nel senso che l'amministrazione avrebbe potuto decidere di non conferire l'incarico (pur in presenza di offerte adeguate e convenienti), ma non poteva invece legittimamente affidarlo ad un soggetto diverso da chi aveva presentato l'offerta considerata migliore dalla commissione e, in ogni caso, senza una adeguata motivazione che specificasse le ragioni per le quali non potevano essere accolte le conclusioni formulate dalla commissione.

I.1.4. Risulta viziata da eccesso di potere anche la successiva delibera della Giunta Municipale n. 411 del 16 novembre 2001, con la quale l'amministrazione, in asserita esecuzione dell'ordinanza cautelare del TAR n. 1023 del 25 ottobre 2001, confermava il proprio precedente avviso di conferire l'incarico alla ZZZ. Invero, la Sezione rileva che del tutto illogicamente l'amministrazione ha sostenuto di non essere vincolata ai criteri di valutazione in precedenza fissati dalla commissione, laddove nella precedente deliberazione (n. 180 dell'11 maggio 2001) aveva invece espressamente affermato di fare propria l'attività istruttoria svolta dalla medesima commissione (non potendo dubitarsi che l'attività istruttoria comprende non solo la valutazione finale delle offerte, ma anche i criteri in base ai quali tale valutazione è avvenuta). Del resto, anche nella ulteriore valutazione comparativa delle offerte dell'appellante e della aggiudicataria l'amministrazione ha attribuito decisivo rilievo alla convenienza economica dell'offerta della Proteo Geologi Associati, benché – come già rilevato in precedenza – nell'avviso pubblico in data 20 luglio 2000 non vi fosse alcun cenno all'elemento economico, quale decisivo parametro di valutazione delle offerte pervenute (e senza considerare che la stessa commissione aveva valutato le offerte tendendo anche conto dei loro aspetti economici). Inoltre l'ulteriore provvedimento, che ha

comparato solo le offerte dell'appellante e della aggiudicataria, ha tenuto conto di elementi (quali, per esempio, le dimensioni dell'ente) anch'essi non previsti nell'avviso, né preventivamente fissati dall'amministrazione ai fini della nuova valutazione.

I.2. Ugualmente fondato è il motivo di appello con il quale l'appellante ha lamentato che i provvedimenti impugnati, in particolare le delibere di Giunta Municipale con cui era stato originariamente affidato e poi confermato l'incarico in questione alla ZZZ, erano affetti dal vizio di incompetenza. Diversamente da quanto statuito dai primi giudici, il collegio ritiene che – mentre l'attività di indirizzo, riservata agli organi elettivi o politici del comune, può consistere anche nella fissazione delle linee generali da seguire e degli scopi da perseguire con l'attività di gestione - la scelta di un contraente nell'ambito di una procedura di gara (ovvero la scelta di professionisti forniti di titoli adeguati per la redazione di strumenti di pianificazione del territorio) costituisce una tipica attività di gestione, finalizzata al raggiungimento degli scopi fissati dall'organo politico, sicché rientra nell'ambito delle competenze dei dirigenti (C.d.S., sez. V, 9 settembre 2005, n.4654; 21 novembre 2003, n. 7632). Sotto tale profilo, risulta effettivamente sussistente il dedotto vizio di incompetenza della delibera della Giunta Municipale n. 180 dell'11 maggio 2001 e di quella successiva n. 411 del 16 novembre 2001, spettando al dirigente del Servizio urbanistico di prendere atto delle conclusioni istruttorie della commissione incaricata di valutare le offerte e di individuare l'offerta più idonea ed adeguata per il conferimento dell'incarico di consulenza geologica.

I.3. La delineata illegittimità dei provvedimenti di conferimento dell'incarico di consulenza alla ZZZ comporta che la Sezione deve esaminare la domanda risarcitoria avanzata, sin dal primo grado, dall'appellante. Al riguardo la Sezione rileva che, una volta intervenuto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno deve risultare effettivamente sussistente l'elemento soggettivo quanto meno della colpa (riferibile all'apparato dell'amministrazione), in base ai principi generali applicabili anche quando si tratti della responsabilità amministrativa per la lesione dell'interesse legittimo. Nel caso di specie, non potendo essere esaminato in questa sede il rilievo del comportamento della aggiudicataria (in assenza di una specifica domanda dell'appellante o dell'amministrazione), non è revocabile in dubbio che l'illegittimità dei provvedimenti impugnati è stata causata dalla evidente violazione delle regole di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa (e delle prescrizioni dell'originario avviso di gara), sicché sussiste l'elemento psicologico della colpa. La domanda risarcitoria risulta dunque fondata, atteso che, come risulta dal verbale n. 3 del 31 marzo 2001, l'offerta presentata dalla XXX era stata considerata dalla commissione la migliore dal punto di vista complessivo (tecnico ed economico, secondo i criteri condivisi dalla stessa giunta). Quanto alla concreta determinazione del danno risarcibile, la Sezione ritiene di dover accogliere la richiesta dell'appellante, fissando la misura del lucro cessante, in mancanza di qualsiasi contestazione da parte dell'amministrazione appellata ed in ragione della peculiarità dell'affidamento e dell'importo indicato nell'originario avviso, del 10% dell'offerta economica pari a lire 75.831.182 e quindi in lire 7.583.118, pari ad euro 3.916,35. Trattandosi di una somma di valore, tale importo deve essere rivalutato all'attualità e sulla somma così rivalutata spettano gli interessi legali a decorrere dalla data di pubblicazione della presente decisione.

II. In conclusione, per le considerazioni svolte, l'appello va accolto e, in riforma dell'impugnata sentenza, vanno annullati gli atti impugnati col ricorso e con i motivi aggiunti proposti in primo grado dalla XXX, con condanna del Comune di Bibbiena anche al risarcimento del danno, nella misura sopra fissata. La condanna al pagamento delle spese e degli onorari dei due gradi del giudizio segue la soccombenza. Di essa è fatta liquidazione in dispositivo.

P.Q.M

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) accoglie l'appello n. 8667 del 2002 e, in riforma della sentenza del TAR della Toscana, sez. II, n. 1020 del 20 maggio 2002, accoglie il ricorso di primo grado e così provvede:

- annulla le delibere della Giunta Municipale di Bibbiena n. 180 dell'11 maggio 2001 e n. 411 del 16 novembre 2001, nonché gli ulteriori provvedimenti con cui l'amministrazione comunale di

Bibbiena ha affidato alla Proteo Geologi Associati l'incarico di consulenza per gli spetti geologici di cui all'avviso pubblico del 20 luglio 2000;

- condanna il Comune di Bibbiena al pagamento in favore della XXX della somma di euro 3.916,35, da rivalutarsi all'attualità, oltre interessi legali dalla data di pubblicazione della presente decisione, a titolo di risarcimento del danno;

- condanna il Comune di Bibbiena al pagamento in favore della XXX delle spese e degli onorari del doppio grado di giudizio, che si liquidano complessivamente in €. 4.500,00 (di cui €. 1.000,00 per il giudizio di primo grado e €. 3.500,00 per il presente grado di appello).

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma, addì 20 novembre 2007, dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato, riunita in camera di consiglio.

CORTE DEI CONTI, SEZIONI RIUNITE IN SEDE DI CONTROLLO - Delibera 15 febbraio 2005 n. 6/CONTR/05 - Pres. Staderini, Est. Gustapane e Carosi - Oggetto: "Linee di indirizzo e criteri interpretativi sulle disposizioni della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (finanziaria 2005) in materia di affidamento d'incarichi di studio o di ricerca ovvero di consulenza (art. 1, commi 11 e 42)".

LE SEZIONI RIUNITE IN SEDE DI CONTROLLO

nell'adunanza del 15 febbraio 2005; Vista la legge 14 gennaio 1994, n.20 e successive modificazioni; Vista la legge 20 dicembre 1996, n.639; Visto l'art. 3, comma 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286; Visto il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo, approvato dalle Sezioni Riunite con deliberazione n. 14/DEL/2000 del 16 giugno 2000 (G. U. n. 156 del 6 luglio 2000), modificato con le deliberazioni delle Sezioni Riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004; Visto l'articolo 7 della legge 5 giugno 2003, n. 131; Vista la nota del 28 gennaio 2005 con la quale, d'ordine del Presidente della Corte dei conti, le Sezioni riunite in sede di controllo sono state convocate per la seduta odierna; Uditi i relatori presidente Enrico Gustapane e consigliere Aldo Carosi;

HANNO DELIBERATO

di approvare il documento allegato, che è parte integrante della presente deliberazione, riguardante:

"Linee di indirizzo e criteri interpretativi sulle disposizioni della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (finanziaria 2005) in materia di affidamento d'incarichi di studio o di ricerca ovvero di consulenza (art. 1, commi 11 e 42)".

I RELATORI IL PRESIDENTE

Presidente Francesco Staderini Enrico Gustapane Consigliere Aldo Carosi

Depositata in Segreteria il 16 febbraio 2005.

SEZIONI RIUNITE IN SEDE DI CONTROLLO

Adunanza del 15 febbraio 2005

"Linee di indirizzo e criteri interpretativi sulle disposizioni della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (finanziaria 2005) in materia di affidamento d'incarichi di studio o di ricerca ovvero di consulenza (art. 1, commi 11 e 42)"

Le amministrazioni pubbliche, comprese le regioni, le province e i comuni, possono conferire, ai sensi dell'articolo 7, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, corrispondente all'articolo 7 d. lgs. n. 29/1993 e successive modificazioni, incarichi individuali ad esperti di "provata competenza" per "esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio". Le regole per il conferimento degli incarichi da parte dei ministri, sono state definite con il regolamento approvato con D.P.R. 18 aprile 1994, n. 338, che circoscrive l'oggetto degli incarichi alla "necessità di compiere studi e di risolvere problemi". Gli incaricati devono consegnare una relazione scritta sui risultati dello studio e sulle soluzioni proposte. L'attività svolta è soggetta alla valutazione di un apposito comitato. Allo scopo di garantire la trasparenza e il rispetto delle regole

sull'affidamento degli incarichi, l'articolo 1, comma 127, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 ha disposto che le pubbliche amministrazioni che si avvalgono "di collaboratori esterni o che affidano incarichi di consulenza" retribuiti, devono pubblicare gli elenchi sui conferimenti, da inviare semestralmente al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri. La disposizione è stata inserita nell'articolo 53, commi 14, 15 e 16, d. lgs. n. 165/2001 che ha previsto anche una relazione annuale al Parlamento nella quale il Dipartimento deve riferire sui dati raccolti e formulare proposte "per il contenimento della spesa per gli incarichi e per la razionalizzazione dei criteri di attribuzione degli incarichi stessi" [1]. L'articolo 110, comma 6, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 stabilisce, infine, che le province e i comuni possono inserire, nei propri regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, disposizioni che prevedano "per obiettivi determinati e con convenzioni a termine" il ricorso a collaborazioni esterne "ad alto contenuto di professionalità". Gli enti locali perciò, oltre al conferimento degli incarichi esterni ai sensi dell'articolo 7, comma 6, d. lgs. n. 165/2001, possono ricorrere a collaborazioni esterne, nei casi in cui sia necessario avvalersi di un contributo d'alta professionalità, a condizione che la facoltà sia stata prevista nei loro regolamenti. Oltre le disposizioni di carattere generale, diverse leggi consentono, alle amministrazioni dello Stato, di ricorrere ad incarichi esterni in casi determinati [2]; anche le regioni hanno emanato leggi per disciplinare gli incarichi e le consulenze. Sulla base delle disposizioni citate, la giurisprudenza della Corte dei conti, in sede di controllo e in sede giurisdizionale, ha elaborato i seguenti criteri per valutare la legittimità degli incarichi e delle consulenze esterni:

- a) rispondenza dell'incarico agli obiettivi dell'amministrazione;
- b) inesistenza, all'interno della propria organizzazione, della figura professionale idonea allo svolgimento dell'incarico, da accertare per mezzo di una reale ricognizione;
- c) indicazione specifica dei contenuti e dei criteri per lo svolgimento dell'incarico;
- d) indicazione della durata dell'incarico;
- e) proporzione fra il compenso corrisposto all'incaricato e l'utilità conseguita dall'amministrazione.

Allo scopo di contenere la spesa delle amministrazioni pubbliche, aumentata anche per il ricorso, frequente e ingiustificato, agli incarichi esterni, con il duplice effetto di una spesa aggiuntiva e della mancata utilizzazione delle ordinarie strutture amministrative, l'articolo 1, commi 9 e 11, del d. l. 12 luglio 2004, n. 168, convertito con legge 30 luglio 2004, n. 191, ha posto un limite alla spesa per gli incarichi. Il limite è posto per le regioni, le province e i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti "a tutela dell'unità economica della Repubblica". Oltre il limite della spesa, la norma citata ha individuato tre categorie d'incarichi: di studio, di ricerca o di consulenza, per le quali ha prescritto un'adeguata motivazione e la possibilità di ricorrervi "solo nei casi previsti dalla legge o nell'ipotesi di eventi straordinari". Gli atti di conferimento dell'incarico devono poi essere trasmessi agli organi di controllo interno degli enti. L'affidamento d'incarichi, in assenza dei presupposti stabiliti dall'articolo 1, comma 9, "costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale".

Le disposizioni dei commi 9 e 11 dell'articolo 1 della legge n. 191/2004 hanno cessato di essere in vigore il 31 dicembre 2004 e sono state sostituite, a decorrere dal 1 gennaio 2005, dall'articolo 1, commi 11 e 42, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005). I commi 11 e 42 confermano il limite della spesa per il conferimento degli incarichi esterni, determinandolo, per tutte le amministrazioni pubbliche, comprese le regioni, le province e i comuni

con popolazione superiore a 5.000 abitanti, escluse le università e gli enti di ricerca, nell'importo erogato per lo stesso oggetto nel 2004. Gli atti di affidamento degli incarichi dovranno recare perciò una certificazione dell'Ufficio centrale del bilancio, per le amministrazioni centrali dello Stato, e dei competenti servizi di ragioneria per gli enti pubblici nazionali, per le regioni, le province e i comuni, sul rispetto del limite di spesa stabilito dalla legge n. 311/2004. Per gli enti che adottano la contabilità economica, l'attestazione è rimessa all'organo che esercita il controllo contabile. Il comma 11 disciplina, poi, il conferimento degli incarichi esterni da parte delle amministrazioni dello Stato, delle Regioni e degli enti pubblici non economici nazionali; il comma 42 riguarda, invece, l'affidamento degli incarichi da parte delle province e dei comuni, comunità montane e unioni di comuni, con popolazione superiore a 5.000 abitanti. Le norme attuali hanno per oggetto le tre categorie già individuate dal d. l. n. 168/2004: incarichi di studio, di ricerca, di consulenza. I due commi differiscono, invece, nella motivazione prescritta per il conferimento. Le differenze fra i due commi saranno esaminate successivamente, poiché è necessario definire, in via preliminare, il contenuto degli incarichi ai quali si applica la legge.

Gli incarichi di studio possono essere individuati con riferimento ai parametri indicati dal D. P. R. n. 338/1994 che, all'articolo 5, determina il contenuto dell'incarico nello svolgimento di un'attività di studio, nell'interesse dell'amministrazione. Requisito essenziale, per il corretto svolgimento di questo tipo d'incarichi, è la consegna di una relazione scritta finale, nella quale saranno illustrati i risultati dello studio e le soluzioni proposte. Gli incarichi di ricerca, invece, presuppongono la preventiva definizione del programma da parte dell'amministrazione. Le consulenze, infine, riguardano le richieste di pareri ad esperti.

Il contenuto degli incarichi, cui fanno riferimento i commi 11 e 42, coincide quindi con il contratto di prestazione d'opera intellettuale, regolato dagli articoli 2229 – 2238 del codice civile. Per valutare se un incarico rientra in una delle categorie previste dai commi 11 e 42, occorre considerare il contenuto dell'atto di conferimento, piuttosto che la qualificazione formale adoperata nel medesimo. A titolo esemplificativo, si elencano alcuni tipi di prestazione che rientrano nella previsione normativa:

studio e soluzione di questioni inerenti all'attività dell'amministrazione committente;

prestazioni professionali finalizzate alla resa di pareri, valutazioni, espressione di giudizi;

consulenze legali, al di fuori della rappresentanza processuale e del patrocinio dell'amministrazione;

studi per l'elaborazione di schemi di atti amministrativi o normativi.

Non rientrano, invece, nella previsione dei commi 11 e 42:

le prestazioni professionali consistenti nella resa di servizi o adempimenti obbligatori per legge, qualora non vi siano uffici o strutture a ciò deputati;

la rappresentanza in giudizio ed il patrocinio dell'amministrazione;

gli appalti e le "esternalizzazioni" di servizi, necessari per raggiungere gli scopi dell'amministrazione.

Non rientrano, in sostanza, nella previsione gli incarichi conferiti per gli adempimenti obbligatori per legge, mancando, in tali ipotesi, qualsiasi facoltà discrezionale dell'amministrazione.

L'esclusione di questo tipo di incarichi è, del resto, convalidata dallo stesso comma 42 che esclude dall'ambito della sua applicazione gli incarichi conferiti ai sensi della legge quadro sui lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109. Restano fuori dell'oggetto dei commi 11 e 42 anche i "rapporti di collaborazione coordinata e continuativa", che rappresentano una posizione intermedia fra il lavoro autonomo, proprio dell'incarico professionale, e il lavoro subordinato (art. 409, n. 3 del codice di procedura civile; art. 61 d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276). L'esclusione di questo tipo di rapporti si ricava, del resto, dalla stessa legge n. 311/2004 la quale, al comma 116 dell'articolo 1, prevede che le pubbliche amministrazioni, comprese regioni, province e comuni, possono avvalersi, nel 2005, di personale a tempo determinato, esclusa la nomina del direttore generale dei Comuni (art. 108 d. lgs. n. 267/2000), "con contratti di collaborazione coordinata e continuativa". I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa sono quindi utilizzabili per le esigenze ordinarie proprie del funzionamento delle strutture amministrative e non riguardano perciò il ricorso agli incarichi esterni. Gli incarichi di collaborazione coordinata e continuativa, infatti, per la loro stessa natura che prevede la continuità della prestazione e un potere di direzione dell'amministrazione, appaiono distinti dalla categoria degli incarichi esterni, caratterizzata dalla temporaneità e dall'autonomia della prestazione. Resta fermo, peraltro, che, qualora un atto rechi il nome di collaborazione coordinata e continuativa, ma, per il suo contenuto, rientri nella categoria degli incarichi di studio o di ricerca o di consulenza, il medesimo sarà soggetto al limite di spesa, alla motivazione e all'invio alla Corte dei conti, secondo le previsioni dei commi 11 e 42.

Dopo avere precisato il contenuto degli incarichi, si può passare a considerare le differenze fra il comma 11 e il comma 42, per quanto riguarda la motivazione prescritta.

Il comma 11, che si applica alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, d. lgs. n. 165/2001, comprese le regioni, dispone che il conferimento dell'incarico deve essere adeguatamente motivato ed "è possibile soltanto nei casi previsti dalla legge ovvero nelle ipotesi di eventi straordinari". Le amministrazioni statali, gli enti pubblici nazionali non economici e le regioni potranno quindi conferire incarichi esterni soltanto nei casi previsti dalla legge nazionale, o dalle leggi regionali, salvi gli eventi straordinari. Le università, gli enti di ricerca e gli organismi equiparati, benché esclusi dal rispetto del limite di spesa stabilito dal comma 11, sono assoggettati alle altre disposizioni dello stesso comma, limitatamente però agli incarichi di studio, di ricerca o di consulenza, conferiti in materie e per oggetti rientranti nella competenza della struttura burocratica dell'ente. Il comma 42, che riguarda le province e i comuni, con popolazione superiore a 5.000 abitanti, stabilisce che il conferimento degli incarichi "deve essere adeguatamente motivato con specifico riferimento all'assenza di strutture organizzative o professionalità interne all'ente in grado di assicurare i medesimi servizi". L'affidamento dell'incarico deve essere preceduto perciò da un accertamento reale, che coinvolge la responsabilità del dirigente competente, sull'assenza di servizi o di professionalità, interne all'ente, che siano in grado di adempiere l'incarico. Il comma 42 dispone poi che l'atto di conferimento deve essere sottoposto all'esame del collegio dei revisori dei conti, che valuterà, ai sensi dell'articolo 239 lettera b) T. U. n. 267/2000, la regolarità contabile, finanziaria ed economica dell'atto, con particolare riguardo all'osservanza del limite di spesa posto dalla legge n. 311/2004. I commi 11 e 42 stabiliscono, infine, la trasmissione alla Corte dei conti degli atti di conferimento degli incarichi e prevedono che l'affidamento dei medesimi, senza il rispetto delle previsioni della legge, "costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale".

La legge impone l'invio degli atti alla Corte dei conti, senza altra specificazione. Poiché la Corte svolge funzioni di controllo e giurisdizionali, è necessario individuare se gli atti debbano essere trasmessi alle Sezioni centrali e regionali di controllo o alle Procure regionali, restando, in ogni caso, escluse le sezioni giurisdizionali della Corte che, per la natura delle loro funzioni, non possono ricevere atti al di fuori dell'esercizio della giurisdizione. Le Sezioni Riunite in sede di

controllo hanno già riconosciuto, con la deliberazione n. 7/2003 del 27 febbraio 2003, la competenza delle Sezioni del controllo nel caso dell'invio alla Corte dei conti dei contratti conclusi a trattativa privata. Le Sezioni Riunite ritennero, infatti, che la competenza a ricevere gli atti spettasse alle Sezioni del controllo, trattandosi di atti utilizzabili ai fini del controllo sulla gestione. Occorre aggiungere che l'eventuale attribuzione della competenza alle Procure regionali, contrasterebbe con la funzione istituzionale degli organi requirenti, che hanno il compito di esercitare l'azione per l'accertamento della responsabilità amministrativa o contabile e che possono ricevere, perciò, soltanto gli atti dai quali emergano elementi di danno per l'erario. La Corte costituzionale ha affermato (sentenza 22 febbraio 1989 n. 104), del resto, che il Procuratore della Corte dei conti non può chiedere una serie di atti amministrativi, al di fuori di "elementi concreti e specifici" d'ipotesi di danno erariale, poiché, in tal modo, l'organo requirente si attribuirebbe compiti di controllo, estranei alla sua funzione istituzionale. Conferma, *ex adverso*, tale assunto l'articolo 23, comma 5, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003) che fa oggetto di espressa previsione l'invio alle Procure regionali della Corte dei conti degli atti di riconoscimento del debito, sintomatici di danno erariale. Corrobora ulteriormente il riconoscimento della competenza delle Sezioni del controllo la considerazione che le disposizioni dei commi 11 e 42 sono dirette, soprattutto, al contenimento della spesa nel settore degli incarichi. La competenza delle Sezioni del controllo deriva, perciò, dallo scopo delle norme, poiché l'accertamento degli equilibri finanziari delle amministrazioni pubbliche e della "sana gestione finanziaria" degli enti locali, non può che spettare alla sede del controllo. Occorre precisare, ora, secondo le competenze stabilite dalla legge e dal regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, approvato con la deliberazione delle Sezioni riunite n. 14 del 16 giugno 2000 e successive modificazioni, le Sezioni del controllo alle quali dovranno essere inviati gli atti:

Sezione centrale del controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato

Amministrazioni centrali dello Stato

Sezione del controllo sugli enti

Enti controllati

Sezioni regionali di controllo

Amministrazioni decentralizzate dello Stato

Regioni

Province

Comuni, con popolazione superiore a 5.000 abitanti

Comunità montane, con popolazione superiore a 5.000 abitanti

Unioni di Comuni, con popolazione superiore a 5.000 abitanti

Aziende sanitarie locali

Camere di commercio, industria e agricoltura

Enti pubblici regionali non economici.

Le Sezioni del controllo, ricevuti gli atti, li utilizzeranno secondo i principi e i procedimenti del controllo successivo sulla gestione, previsti dall'articolo 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 richiamato, per quanto riguarda i comuni e le province, dall'articolo 148 T. U. n. 267/2000, e dall'articolo 7, comma 7, della legge 5 giugno 2003, n. 131. Rientra, poi, nella competenza delle Sezioni l'approvazione dei criteri organizzativi interni per l'esame degli atti. Qualora, in tale sede, si dovesse venire a conoscenza di ipotesi d'illecito contabile si procederà alla segnalazione alla competente Procura regionale della Corte dei conti, secondo le indicazioni della Corte costituzionale (sentenza n. 29 del 12 – 27 gennaio 1995) che, nell'affermare la netta distinzione fra il controllo sulla gestione e la giurisdizione di responsabilità amministrativa, ha confermato, tuttavia, che il Procuratore della Corte dei conti può promuovere l'azione di responsabilità sulla base di una segnalazione acquisita "attraverso l'esercizio dei poteri istruttori inerenti al controllo sulla gestione", arrestandosi alla segnalazione il rapporto fra attività giurisdizionale e controllo sulla gestione. Resta fermo, peraltro, l'obbligo di denuncia alla Procura della Corte dei conti, posto dalla legge a carico degli organi amministrativi e di controllo interni.

[1] Il Dipartimento della funzione pubblica ha pubblicato recentemente i risultati del monitoraggio sugli incarichi e le consulenze esterne, conferiti dalle amministrazioni pubbliche, compresi regioni ed enti locali, utilizzando gli elenchi trasmessi ai sensi delle disposizioni citate.

[2] Le leggi speciali che prevedono tale facoltà sono elencate in Corte dei conti, Sezione del controllo (2° Collegio), deliberazione n. 101 del 20 maggio 1997 che approva la "Relazione sull'attuazione del d. legislativo 3 febbraio 1993, n. 29".

Documenti correlati:

P. MONEA e E. IORIO, Conferimento di incarichi di consulenza, studio e ricerca da parte degli Enti locali - L'Unione delle Province d'Italia concorda nella distinzione con le collaborazioni coordinate e continuative*.

S. GLINIANSKI, Gli incarichi di studio, ricerca e consulenza alla luce della legge 311/2004 (finanziaria per l'anno 2005)*.

R. NAPOLETANI, Incarichi di collaborazione esterna e assunzioni a tempo determinato. Breve nota di commento ai commi 11, 42 e 116 della legge finanziaria 2005*.

L. D'AMBROSIO, Le linee di indirizzo delle Sezioni riunite della Corte dei conti in materia di affidamento d'incarichi...

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 3 maggio 2007 n. 1949 - Pres. Trotta, Est. Caringella - ENAV s.p.a. (Avv.ti Galli e Sanino) c. Ivri - Istituti Di Vigilanza Riuniti d'Italia s.p.a. (Avv. de Marco) e Sicurpol Brindisi s.r.l. (n.c.) - (annulla T.A.R. Puglia - Bari, Sez. I, n. 2252/2006).

La prevalenza delle informazioni contenute in un bando pubblicato sulla G.U.C.E. non mina la legittimità del provvedimento di annullamento d'ufficio del medesimo bando, fondato sull'esistenza di discrasie con quanto pubblicato sul sito web dell'amministrazione committente atteso che la elevata capacità di penetrazione di tale mezzo di comunicazione, può aver indotto i potenziali partecipanti a confidare nella conformità all'originale del bando pubblicato sul sito e, di conseguenza, ad astenersi dal partecipare alla procedura.

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6717/2006, proposto da ENAV S.P.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Domenico Galli e Mario Sanino con domicilio eletto in Roma via del Consolato n. 6, presso l'Avv. Domenico Galli;

contro

IVRI - ISTITUTI DI VIGILANZA RIUNITI D'ITALIA S.P.A., rappresentata e difesa dall'Avv. Nicolò de Marco con domicilio eletto in Roma via Cassiodoro n.1/A, presso l'Avv. Sandro de Marco, -appellante incidentale-;

e nei confronti di

SICURPOL BRINDISI S.R.L. IN PR. E Q.LE CAP. R.T.I. e R.T.I. ITALPOL BRINDISI S.R.L., non costituitesi;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia sede di Bari Sez. I n. 2252/2006.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 6 febbraio 2007 relatore il Consigliere Francesco Caringella. Uditi gli avv.ti Sanino e de Marco;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1 La vicenda per cui è processo può essere così ricostruita.

In data 9.11.2004, l'ENAV S.p.a. bandiva 11 gare a procedura ristretta, ai sensi del D. Lgs. nr. 158/95, per servizi di vigilanza da eseguirsi presso siti diversi dalla provincia di Roma.

Ivri-Istituti Riuniti d'Italia s.p.a. - partecipava alla gara relativa al sito di AAC Brindisi - aeroporto Brindisi Casale - con relativo servizio di teleallarme per la postazione TBT Brancasi, per tre anni. In data 15.2.2005 si celebrava la fase di prequalifica, alla quale partecipava anche la Sicurpol S.r.l., detentrica del servizio in regime di *prorogatio*. All'esito della verifica, l'IVRI risultava ammessa, mentre la Sicurpol risultava esclusa per la mancanza della certificazione ENAC APT14 del personale (corso sicurezza aeroporti).

In data 8.8.2005, l'ENAV invitava l'IVRI a presentare l'offerta.

In data 14.12.2005 l'Istituto riceveva notifica della nota GEC-ICT\RB\237606, con cui si comunicava l'avvio del procedimento di annullamento dell'intera gara.

Con raccomandata A.R. del 10.1.2006, nell'interesse della ricorrente venivano formulate all'Amministrazione osservazioni e deduzioni ai sensi dell'art. 10, lettera b), L. nr. 241/90, con

diffida ad annullare la gara ed invito ad esaminare l'offerta presentata ed a procedere all'aggiudicazione;

Tuttavia, in data 27.1.2006, l'IVRI riceveva invito a partecipare a nuova procedura negoziata plurima in via d'urgenza, per lo stesso sito e per la durata di un anno.

Detta seconda procedura si chiudeva con l'esclusione della ricorrente e l'aggiudicazione in favore dell'A.T.I. Sicurpol-Italpol.

Solo in data 23.3.2006 la ricorrente riceveva copia di un provvedimento del 20.3.2006, con il quale l'ENAV aveva provveduto ad annullare l'intera precedente gara del 2004.

2. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto dall'IVRI avverso l'annullamento della prima gara, reputando assorbite le censure relative alla procedura negoziata.

L'ENAV propone appello principale. L'IVRI ripropone, con appello incidentale, le censure assorbite in primo grado.

Si è costituito in giudizio, ad adiuvandum rispetto all'appellante principale, Securpol s.r.l., in proprio e quale capogruppo del raggruppamento che ha partecipato alle procedure di che trattasi.

All'udienza del 6 febbraio 2007 la causa è stata trattenuta per la decisione.

3. L'appello principale è fondato

3.1. - Il Tribunale ha accolto il ricorso di prime cure reputandolo fondato sotto l'assorbente profilo del difetto di motivazione e della violazione dell'art. 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, nr. 241, con specifico riguardo al provvedimento di annullamento dell'originaria gara svoltasi nel 2004. Il Collegio di prima istanza ha osservato che detto provvedimento non solo non chiarisce quale sia l'interesse pubblico attuale alla rimozione degli atti della gara già espletata, ma non è neanche convincente, nell'individuare i profili di illegittimità posti a base dell'intervento in autotutela.

Ha osservato in particolare che:

"per quanto concerne la circostanza che un solo concorrente (l'odierna ricorrente) aveva superato la fase di prequalifica, se il fatto che tale evenienza fosse espressamente prevista nel bando di gara non può valere di per sé ad escludere il potere della stazione appaltante di procedere a nuova valutazione dell'interesse pubblico all'aggiudicazione, tenuto conto dell'opportunità e convenienza dell'offerta, e quindi non può comportare un inderogabile obbligo di procedere all'affidamento del servizio, tuttavia nel caso di specie l'intervento in autotutela non risulta fondato su un tale ordine di considerazioni, ma bensì su ulteriori profili di illegittimità di ordine formale che non reggono ad una verifica di congruenza e ragionevolezza;

quanto infatti alle affermate difformità tra il bando pubblicato sulla G.U.C.E. e quello apparso sul sito web dell'Amministrazione, anche a voler prescindere dalla genericità del rilievo sul punto contenuto nel provvedimento impugnato ed a voler tener conto della "eterointegrazione" di esso operata ex post dalla difesa di parte resistente, appare evidente che tali difformità si concretizzavano nella presenza, nella versione web, del bando di requisiti ulteriori non riportati nella versione cartacea: ciò che, essendo pacifico che era quest'ultima l'unica versione a far fede per i concorrenti, avrebbe dovuto incoraggiare una più ampia partecipazione alla gara, piuttosto che avere effetti dissuasivi come paventato dall'Amministrazione;

appare scarsamente comprensibile il rilievo circa il carattere anticoncorrenziale della previsione di requisiti a pena di esclusione, atteso che per un verso non è in alcun modo precisato a quali requisiti ci si riferisca, e sotto altro profilo non può apoditticamente affermarsi che il semplice fatto che taluni requisiti siano richiesti a pena di esclusione – all'infuori dell'ipotesi in cui questi siano palesemente irragionevoli o sproporzionati – comporti illegittimità della lex specialis di gara per violazione dei principi di concorrenza e della più ampia partecipazione alla gara stessa;

- infine, l'ipotizzata violazione del principio di pubblicità delle gare non può di per sé essere posta a base di un intervento in autotutela posto in essere senza che alcuna contestazione al riguardo fosse stato mosso da chicchessia e dopo il vano decorso di tutti i termini per eventuali impugnazioni, concretizzandosi pertanto in un mero ripristino della legalità violata".

3.2. Le censure spiegate dall'appellante principale avverso la parabola motivazionale calibrata dal giudice di prime cure colgono nel segno.

Il Collegio osserva, in prima battuta, che il Tribunale ha proceduto alla confutazione della pregnanza dei singoli motivi di annullamento senza darsi carico della invero necessaria considerazione complessiva dei profili motivazionali sviluppati dall'amministrazione. In questa logica sintetica occorre allora prendere le mosse dal rilievo concernente le difformità tra il bando pubblicato sulla G.U.C.E. e quello apparso sul sito web dell'Amministrazione, concretizzatesi nella previsione, in seno alla sola versione web, di taluni requisiti a pena di esclusione. Ebbene la circostanza, sottolineata nella sentenza appellata, della prevalenza del bando soggetto alla pubblicazione sulla G.U.C.E. non toglie che la conoscenza della versione informatica, dotata di una capillare capacità di penetrazione, possa avere indotto i potenziali partecipanti a confidare nella conformità all'originale del bando pubblicato sul sito. Nella specie non viene infatti in rilievo la questione della prevalenza dell'una o dell'altra versione ai fini della regolazione della gara ma la ben diversa tematica dell'effetto dissuasivo che, proprio nell'assunto della priorità della versione soggetta alla pubblicazione cartacea, può avere sortito la conoscenza di una versione informatica caratterizzata da un tenore più restrittivo nella misura in cui pretendeva il possesso, a pena di esclusione, di requisiti di ordine generale, economico finanziario e tecnico, che il bando ufficiale non pretendeva in via espressa dovessero essere posseduti ai fini della partecipazione. Tale discrasia presenta un effetto potenzialmente dissuasivo e, ancor più, delinea un quadro di opacità sulle regole procedurali che, con riguardo a gare analoghe, ha indotto la giurisprudenza di primo grado ad interpretare il bando nel senso della necessità del possesso del requisito dell'idoneità tecnica ai fini della stipula piuttosto che della partecipazione.

Ben si comprende allora l'interesse della stazione appaltante ad eliminare la discrasia in esame, potenzialmente dissuasiva a discapito delle imprese non in grado di presentare la documentazione nei termini più rigorosi stabiliti nella versione web della lex specialis, ripristinando un quadro trasparente ed univoco della disciplina di gara capace di assicurare una più ampia partecipazione.

Tale profilo di illegittimità si salda logicamente con il rilievo del superamento della fase di prequalifica da parte di un solo soggetto, ossia l'IVRI s.p.a.

La circostanza che una sola impresa sia stata ammessa a presentare l'offerta, se da un lato costituisce la possibile concretizzazione del rischio dissuasivo insito nella difformità delle due versioni del bando di cui si è detto sopra, dall'altro mette in luce un'autonoma frustrazione dell'interesse della stazione appaltante ad avere di fronte una pluralità di offerte idonee, in una logica concorrenziale, ad assicurare più efficienti condizioni per l'espletamento del servizio. Si deve aggiungere che se la legge speciale prevedeva la facoltà di non aggiudicare la gara in caso di presentazione di una sola offerta valida a maggior ragione si spiega la scelta della amministrazione di non procedere all'aggiudicazione in una situazione nella quale la concorrenza era stata strangolata ancora più a monte dalla prequalificazione di una sola impresa e dalla conseguente consapevolezza, da parte della stessa, della possibilità di calibrare un'offerta non sottoposta ad alcuna comparazione.

Non appare a questo punto decisiva la circostanza che la stazione appaltante non abbia proceduto ad una valutazione nel merito della convenienza dell'offerta se si considera, per un verso, che sarebbe rimasto insoluto il ragionevole dubbio dell'effetto pro-competitivo della partecipazione di una pluralità di candidati; e che, in ogni caso, nella specie, l'assenza di una concorrenza effettiva non è stata l'unica ragione dell'autotutela ma si è accompagnata ai vizi di legittimità dati dalla richiamata difformità delle due versioni del bando e dalla violazione del principio di pubblicità e trasparenza insita nell'avvenuta apertura della busta contenente la documentazione amministrativa in presenza del solo soggetto direttamente interessato.

La violazione di detto ultimo principio integra poi, per pacifica giurisprudenza, vizio procedurale sotto il profilo della vulnerazione dei canoni di trasparenza ed imparzialità, senza che assuma rilievo il mancato riscontro di ricadute concrete sullo svolgimento della procedura ovvero l'assenza di specifiche contestazioni da parte dei soggetti che hanno preso parte alla procedura.

La considerazione complessiva dei profili posti a fondamento dell'atto di annullamento rende in definitiva ragione della ricorrenza dei presupposti dati dai vizi di legittimità e dall'interesse

pubblico. Sotto questo secondo aspetto si deve rilevare che l'assenza di una pluralità di candidati mette in luce un chiaro interesse pubblico allo svolgimento di una procedura, emendata dalle pecche riscontrate, capace di assicurare l'acquisizione di più favorevoli condizioni per la gestione del servizio. Detto interesse risulta poziore rispetto all'affidamento dell'unico soggetto prequalificatosi, specie se si considera che la mancata definizione della procedura escludeva il consolidarsi di una situazione di vantaggio idoneo a vincolare in modo più stringente, alla luce dell'art. 21 nonies, della legge n. 241/1990, e dei principi comunitari che sono alla base della prescrizione nazionale, l'esercizio del potere di ritiro.

4. Si può ora passare all'esame dell'appello incidentale autonomo con il quale l'IVRI contesta l'esclusione dalla procedura negoziata plurima indetta in via d'urgenza, per lo stesso sito, per la durata di un anno.

E' fondato ed assorbente il motivo di ricorso con il quale si contesta l'esclusione decretata ai suoi danni per non avere indicato, oltre all'importo complessivo offerto, anche l'importo ora/vigile.

Occorre in prima battuta osservare che la *lex specialis* (punto 7, offerta parte B, Offerta economica) richiedeva la sola indicazione dell'importo complessivo offerto, senza contenere alcuna richiesta in ordine al parametro vigile/ora.

Quanto poi al tenore dello schema allegato alla lettera d'invito ed allo schema della lettera d'ordine, si deve reputare illegittima, in assenza di una espressa comminatoria, l'esclusione decretata in relazione all'omissione di un dato agevolmente ricavabile in base agli elementi a disposizione pur se non dichiarato in forma sacramentale. Si deve, infatti, rilevare per un verso, che detto elemento era integrato *per relationem* con il rinvio al massimo ribasso consentito dalla locale prefettura; e che, in ogni caso, trattandosi di una gara al massimo ribasso relativo ad un servizio offerto da due guardie giurate per 24 ore su 24, il dato era acquisibile, sulla base di un semplice e non contestato calcolo matematico, dividendo l'importo complessivo per le ore complessive, che rende il risultato di euro 18,395. Soccorre allora, in mancanza di una clausola più rigorosa della *lex specialis*, il quieto orientamento giurisprudenziale che, in omaggio al valore del *favor participationis*, considera illegittima l'esclusione in caso di offerta facilmente determinabile in base ad un mero calcolo matematico (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2001, n. 3259; 17 marzo 2003, n. 2063), che esclude ogni incisione della regola della *par condicio*; e tanto in particolare nel caso di specie, ove il costo orario non era menzionato come componente essenziale dell'offerta economica nella *lex specialis*.

4.1. Va accolta anche la domanda risarcitoria proposta dall'appellante incidentale.

Quanto all'elemento soggettivo l'agevole ricavabilità del dato in questione rende non scusabile l'errore compiuto dall'amministrazione in base all'univoco orientamento giurisprudenziale che reputa illegittime le esclusioni disposte per omissioni meramente formali che non incidono sulla completezza sostanziale dell'offerta.

E' poi pacifico che detta esclusione ha impedito l'aggiudicazione, in una gara basata sul mero dato economico, che avrebbe dovuto essere disposta a favore del soggetto che ha incontestabilmente presentato l'offerta economicamente più conveniente. Detto danno, pari all'utile d'impresa, può essere equitativamente stimato, anche alla luce dei referenti normativi dettati in materia di lavori pubblici(v, da ultimo, artt. 134 e 158 del codice dei contratti di cui al decreto legislativo n. 163/2006) nella misura del 10% dell'importo offerto in ragione del periodo iniziale e delle successive proroghe dell'affidamento. Sull'importo così liquidato competono gli interessi legali dalla pubblicazione della presente decisione fino al soddisfo.

Il dispositivo già pubblicato di accoglimento dell'appello incidentale va inteso come riferito anche alla domanda risarcitoria proposta nello stesso gravame incidentale autonomo.

5. In definitiva meritano accoglimento l'appello principale e quello incidentale nei sensi fin qui precisati.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello principale e l'appello incidentale nei sensi in motivazione specificati. Spese compensate. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa. Così deciso in Roma, il 6 febbraio 2007 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

(1) Ha osservato in particolare la Sez. VI che:

1) per ciò che concerneva la circostanza *sub a*) (differenza tra la versione del bando pubblicata nella G.U.C.E. e quella pubblicata nel sito web) essa, contrariamente a quanto ritenuto in primo grado, non poteva essere superata con la considerazione che occorreva dare prevalenza al bando soggetto alla pubblicazione sulla G.U.C.E., atteso che ciò non toglie che la conoscenza della versione informatica, dotata di una capillare capacità di penetrazione, possa avere indotto i potenziali partecipanti a confidare nella conformità all'originale del bando pubblicato sul sito.

Ben si comprende allora l'interesse della stazione appaltante ad eliminare la discrasia in esame, potenzialmente dissuasiva a discapito delle imprese non in grado di presentare la documentazione nei termini più rigorosi stabiliti nella versione web della *lex specialis*, ripristinando un quadro trasparente ed univoco della disciplina di gara capace di assicurare una più ampia partecipazione;

2) per quanto concerne la circostanza *sub b*) (e cioè il fatto che una sola impresa era stata ammessa a presentare l'offerta), tale circostanza, se da un lato costituiva la possibile concretizzazione del rischio dissuasivo insito nella differenza delle due versioni del bando di cui si è detto sopra, dall'altro metteva in luce un'autonoma frustrazione dell'interesse della stazione appaltante ad avere di fronte una pluralità di offerte idonee, in una logica concorrenziale, ad assicurare più efficienti condizioni per l'espletamento del servizio.

E' stato peraltro aggiunto che se la legge speciale prevedeva la facoltà di non aggiudicare la gara in caso di presentazione di una sola offerta valida, a maggior ragione si spiega la scelta della amministrazione di non procedere all'aggiudicazione in una situazione nella quale la concorrenza era stata "strangolata" ancora più a monte dalla prequalificazione di una sola impresa e dalla conseguente consapevolezza, da parte della stessa, della possibilità di calibrare un'offerta non sottoposta ad alcuna comparazione.

