

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE MARCHE

composta dai seguenti magistrati:

Pres. Sez. Gabriele DE SANCTIS	Presidente
Cons. Renzo Di Luca	Componente
Primo Ref. Elena TOMASSINI	Componente relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di responsabilità amministrativa, iscritto al n. 20707/R del registro di segreteria, promosso dalla Procura regionale della Corte dei conti per le Marche nei confronti di:

BB Gianni, nato a XCX (AP) il 3/6/1955 ed ivi residente in C.da Logognano n. 8, elettivamente domiciliato in Ancona, via De Bosis n. 2, presso lo studio dell'avv. Giordano Gagliardini che lo rappresenta e lo difende, unitamente all'avv. Mauro Cimino del foro di Fermo, per delega a margine della memoria di costituzione;

AA Fiorangelo, nato a Napoli il 13/03/1962 e residente a Corropoli (TE) in via Palizzi n. 2, elettivamente domiciliato in Ancona, via Marsala n. 12, presso lo studio dell'avv. Alberto Cucchieri, che lo rappresenta e lo difende giusta procura a margine della relata di notifica dell'atto di citazione in giudizio;

CC Vincenzo, nato a Napoli il 31/12/1961, residente a Fermo in Largo Maranesi n. 1 ed elettivamente domiciliato ad Ancona in Corso Mazzini n. 148, presso lo studio dell'avv. Paolo Pauri, unitamente al Difensore avv. Luca Cirillo del Foro di Napoli, che lo rappresenta e lo difende in virtù di procura speciale in calce alla memoria di costituzione.

Visto il decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modificazioni, nella

legge 14 gennaio 1994, n. 19.

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20, nel testo novellato dal decreto-legge 26 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, nella legge 20 dicembre 1996, n. 639.

Visto l'atto di citazione in data 14 ottobre 2008 della Procura regionale presso questa Sezione giurisdizionale, ritualmente notificato ai convenuti.

Uditi, nella pubblica udienza del giorno 18 giugno 2009, con l'assistenza della Segretaria Dottoressa Carmela Tudino, il Giudice Relatore Dott.ssa Elena Tomassini, il Pubblico Ministero nella persona del Sostituto P.G. Dott. Stefano Grossi e gli Avvocati dei convenuti Giordano Gagliardini per il sig. BB, Luca Cirillo per il sig. CC e Alberto Cucchieri per il sig. AA.

Esaminati gli atti e i documenti tutti di causa.

Ritenuto in

FATTO

Con l'atto di citazione all'esame, la Procura regionale della Corte dei conti esercitava l'azione di responsabilità amministrativa nei confronti dei convenuti sopra indicati, nelle rispettive qualità, il BB di Sindaco del Comune di XCX (AP), l'AA di Commissario Straordinario e il CC quale Segretario, per sentirli condannare al pagamento della somma di euro 65.251,68 in favore dell'erario comunale o della somma maggiore o minore ritenuta dal Collegio, soggetta a rivalutazione monetaria, interessi e spese di giudizio, queste ultime in favore dello Stato.

Secondo la Procura il danno era scaturito dall'illegittima liquidazione di compensi all'architetto Danilo DD – reclutato con delibera di Giunta n. 79 del 19 marzo 1999 con contratto di alta specializzazione extra dotazione organica e, con successivo provvedimento n. 5 del 27 marzo 1999, addetto alle funzioni connesse all'area Gestione del Patrimonio e del Territorio, Lavori Pubblici, Ambiente ed Urbanistica – per attività di progettazione ed esecuzione di lavori pubblici.

L'assunzione era fondata sull'art. 110 del d. lvo n. 267 del 2000, che consente alle amministrazioni locali di ricorrere alla stipula di contratti a tempo determinato di diritto pubblico o privato per la copertura dei posti di responsabile dei servizi ovvero degli uffici eventualmente vacanti. La norma prevede, altresì, che le amministrazioni conferenti possano attribuire, con deliberazione motivata, un'indennità personale aggiuntiva rispetto al trattamento ordinario, secondo alcuni criteri.

Dapprima era stipulato con il professionista un contratto di diritto privato ad alta specializzazione (periodo dall'assunzione al 30 marzo 2001), poi un contratto di collaborazione coordinata e continuativa con l'attribuzione al medesimo della responsabilità del Servizio Lavori Pubblici e Servizio Urbanistica (contratto n. 693 del 13 gennaio 2003).

Al DD era inizialmente corrisposta la retribuzione prevista per la VII qualifica funzionale (poi D1) in relazione alle ore effettivamente lavorate, oltre agli incentivi previsti dall'art. 18 della legge n. 109 del 1994 a fronte dell'esecuzione di attività progettuale e di direzione lavori (determine n. 15 del 13/6/2000, n. 19 del 21/7/2000; delibere di Giunta n. 129 del 25/7/2000 e n.ri 3 e 4 del 16/1/2001).

Con delibera di Giunta n. 156 del 21 luglio 2001 si stabiliva di erogare al professionista un'*indennità ad personam* per lo svolgimento di attività progettuali ulteriori rispetto a quelle connesse con la responsabilità dei procedimenti in materia di lavori pubblici e di concessioni contributive per eventi alluvionali e dissesti del luglio 1999. In attuazione di detta delibera era stipulato il contratto n. 639 – con validità dal 25/7/2001 al 31/12/2002 – che prevedeva un compenso aggiuntivo forfettario, commisurato a tre scaglioni sulla base del valore a base d'asta dei lavori (da 50 a 200 milioni di lire 4.000.000; da 200 a 500 milioni, lire 10.000.000 e lire 15.000.000 per lavori superiori a 500 milioni).

Con delibera n. 1 dell'8/01/2003 veniva inoltre prevista, in aggiunta, l'attribuzione

della responsabilità del Servizio Lavori Pubblici e del Servizio Urbanistica. Il contratto di diritto privato stipulato in esecuzione di detta statuizione (n. 693 del 13 gennaio 2003) stabiliva, oltre al compenso fisso in precedenza concesso, una nuova parametrizzazione per l'indennità ad personam, calcolata in base alla tariffa professionale vigente, ridotta del 30%, per le prestazioni di progettazione e/o direzione riguardanti le opere e i lavori con importo a base d'asta superiore a euro 25.000.

Con ulteriore e successivo contratto di diritto privato ad alta specializzazione, ex art. 110 d. lvo n. 267/2000 – poi variato in rapporto di collaborazione coordinata e continuativa a tempo determinato dal 1° gennaio al 31 dicembre 2004 con delibera n. 63 del 23 dicembre 2003 – si puntualizzava ulteriormente che le funzioni del DD erano quelle di responsabile dell'Ufficio tecnico, con particolare riguardo ai Servizi Lavori Pubblici ed Urbanistica, ed era prevista la progettazione e direzione dei lavori.

Il compenso prevedeva la retribuzione fissa rapportata alla qualifica funzionale D3 oltre ad importi variabili a percentuale per progettazione e/o direzione dei lavori per opere di importo a base d'asta superiore a euro 20.000 e per progettazioni e coordinamenti urbanistici limitatamente al caso di onorari superiori a euro 2.500.

La liquidazione doveva essere preceduta da presentazione di fattura e doveva tener conto della tariffa professionale prevista dal D.M. 4 aprile 2001 ridotta del 30%.

Le fatture erano in effetti rilasciate dalla S.r.l. Arking Consulting di Fermo, di cui il DD era socio.

Con delibera di Giunta n. 74 del 29 novembre 2004 era ristabilito con il professionista un contratto di alta specializzazione, ai sensi dell'art. 110 del d. lvo n. 267/2000 con un compenso fisso e uno a percentuale. Veniva pertanto stipulato il contratto n. 754 del 7/12/2004, cessato il 7/10/2005. Anche in questo caso il DD emetteva determine di liquidazione fatturate alla Arking Consulting s.r.l.

Infine, successivamente alla cessazione di validità del contratto, ne veniva stipulato

un nuovo e analogo (n. 793 del 26 ottobre 2005) tra il DD ed il Commissario prefettizio subentrato.

Con nota n. 706 del 1° febbraio 2006 il professionista recedeva dal contratto e l'incarico veniva conferito ad altro dipendente.

Così riepilogati i rapporti tra l'Amministrazione comunale ed il DD, riteneva sostanzialmente la Procura erariale che, con la delibera di Giunta n. 156 del 21/7/2001 e con il contratto del 23 luglio 2003 n. 639, era stato modificato il rapporto tra l'ente ed il professionista, con l'attribuzione al medesimo di un'indennità personale che, se pur menzionata nel ripetuto art. 110 del d. lvo n. 267/2000, non ne aveva la natura e, anzi, era completamente stravolta. Infatti, tale indennità, correlata all'esecuzione delle progettazioni eseguite dall'architetto e quantificate per scaglioni di valore, era stabilita in base ad una percentuale del valore delle progettazione con onorari previsti nella tariffa professionale e liquidati a seguito di presentazione di fattura.

Secondo il P.M. gli esborsi costituivano, per la quota relativa all'illegittimo calcolo, un danno erariale certo, liquido ed esigibile. L'illegittimità dipendeva – oltre che dalla mancata applicazione dell'art. 110 citato - anche dall'elusione di una determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, espressa nell'adunanza del 18/19 gennaio 2006 (e, in precedenza, dalla determinazione n. 206/2001), per la quale, ai sensi dell'art. 18 della legge n. 109 del 1994, spettava, a titolo di incentivo, una somma non superiore all'1,5% (elevata al 2% in favore dei dipendenti degli enti locali ex lege n. 350 del 2003) dell'importo a base di gara di un'opera o di un lavoro, "da ripartirsi sulla base di un regolamento che l'amministrazione aggiudicatrice era tenuta ad adottare"; inoltre la delibera ribadiva che al soggetto incaricato della gestione dell'ufficio di responsabile dell'Ufficio tecnico, per carenza di personale tecnicamente adeguato, non poteva essere riconosciuta alcuna altra forma di remunerazione oltre alla quota di incentivo come sopra determinata. L'Autorità aveva altresì sancito che "l'affidamento di incarico di progettazione

esterna a pubblici dipendenti aventi un rapporto di impiego a tempo definito ed esercenti la corrispondente attività libero professionale, è consentito qualora non si tratti di professionisti direttamente dipendenti dall'amministrazione che affida l'incarico".

Quindi, secondo la Procura attrice, l'incentivo avrebbe dovuto essere determinato ai sensi dell'art. 18 della legge n. 109/1994 e del regolamento attuativo del Comune, anziché per scaglioni di valore ovvero a percentuale su presentazione di fattura. Quanto all'ammontare del danno, l'importo liquidato al professionista era pari ad euro 81.146,39, come da determine di liquidazione, tutte dell'arch. Danilo DD, partitamente indicate nell'atto di citazione:

- a) a) n. 19 del 5/5/2003 per "completamento arredo urbano Centro Storico" (euro 5.164,57);
- b) b) n. 20 del 5/5/2003 per "consolidamento scarpate lungo la S.P. Rapagnanese" (euro 2.065,83);
- c) c) n. 64 del 27/10/2004 per "completamento del centro sportivo Osteria" (euro 1.224,00);
- d) d) n. 78 del 15/12/2004 per "consolidamento delle scarpate lungo la S.P. "Rapagnanese" – 2° lotto (euro 23.057,68);
- e) e) n. 80 del 15/12/2004 per "completamento del centro sportivo S. Tiburzio" - 7° lotto (euro 9.180,00);
- f) f) n. 26 del 17/5/2005 per "consolidamento scarpate lungo la S.P. Rapagnanese"- 2° lotto – 1° s.a.l. (euro 13.096,80);
- g) g) n. 29 del 31/5/2005 per "completamento del centro sportivo S. Tiburzio" 7° lotto 1° s.a.l. (euro 1.224,00);
- h) h) n. 31 del 4/6/2005 per "completamento edificio attività culturali in via Leopardi" (euro 4.247,23);
- i) i) n. 41 del 6/9/2005 per "consolidamento scarpate lungo la

S.P. Rapagnanese – 2° s.a.l. (euro 9.326,88).

- j) j) n. 46 del 28/9/2005 per “Ristrutturazione e completamento edificio attività culturali in via Leopardi” (euro 2.691,89);
- k) k) n. 49 del 7/10/2005 per “ampliamento civico cimitero – 2° stralcio” (euro 9.867,89).

Da tale somma doveva essere scomputato l'importo dovuto al DD secondo i corretti criteri di calcolo, sopra evidenziati (euro 15.894,71), per cui si perveniva al c.d. “danno differenziale” secondo un analitico prospetto contenuto nelle pagine 16, 17 e 18 dell'atto di citazione, e pari ad euro 65.251,68; detto importo, precisava il P.M., era stato prudenzialmente calcolato per difetto, riconoscendo al DD anche la mansione di responsabile unico del procedimento, per connessione logica con la funzione apicale ricoperta, nonché lo svolgimento completo delle funzioni relative ai lavori continuati dopo la cessazione del rapporto del professionista con l'ente (non essendo stato possibile determinare con esattezza lo stato dei lavori al momento di tale evento).

La Procura, nell'archiviare la posizione di altri funzionari comunali e dello stesso arch. DD, aveva invece ritenuto responsabili gli odierni convenuti sulla base delle seguenti considerazioni.

Il Sindaco Gianni BB aveva partecipato alle delibere di Giunta n. 156 del 21 luglio 2001, n. 1 dell'8 gennaio 2003, n. 63 del 23 dicembre 2003 e n. 74 del 29 novembre 2004 ed era pertanto responsabile dell'irragionevole introduzione, dapprima, della quantificazione del compenso aggiuntivo “a scaglioni di valore” e, poi, con il successivo contratto n. 639 – stipulato dallo stesso Sindaco - della sua concreta attuazione, modificando la precedente, corretta prassi, che prevedeva la determinazione dell'incentivo ai sensi dell'art. 18 della legge n. 109 del 1994.

Le successive delibere avevano poi applicato il 50% della tariffa professionale.

Infatti, la delibera n. 1/2003 aveva come allegato lo schema di contratto, formalizzato e

firmato dal Segretario CC, mentre la n. 63/2003 aveva introdotto la liquidazione del compenso a fattura, in contrasto con la posizione di dipendente comunale del DD.

Il Sindaco aveva poi sottoscritto i provvedimenti n. 17 del 21 luglio 2001, 23 del 13 gennaio 2003 e 24 del 7 dicembre 2004, precedenti la stipula dei contratti.

Secondo il Requirente la colpa grave sarebbe insita nel grave scostamento dei procedimenti seguiti sia dalla normazione positiva, sia dagli orientamenti giurisprudenziali e amministrativi. Mancava, inoltre, nei provvedimenti, un'adeguata e congrua motivazione, tanto più che l'esborso comunale era assai più oneroso del precedente.

Quanto al Commissario straordinario Fiorangelo AA, si sottolineava che i presupposti del terzo comma del citato art. 110 erano la qualificazione professionale del soggetto incaricato, la temporaneità del rapporto e le condizioni di mercato e non aveva, la norma, la finalità di incentivare le progettazioni. La stessa Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici aveva affermato (verbale del Consiglio n. 2, adunanza 18/19 gennaio 2006), che non era supportata in diritto la scelta del Commissario prefettizio di rinnovare l'incarico gestionale di che trattasi, "sia pure limitatamente al tempo strettamente necessario al completamento delle opere pubbliche avviate e da avviare".

L'incentivazione poteva e doveva trovare spazio, secondo la Procura, esclusivamente nell'ambito dell'art. 18 della legge n. 109 del 1994 e del successivo regolamento comunale di esecuzione. La colpa del Commissario sarebbe poi dimostrata dalla sua particolare professionalità, nonché dalla circostanza che la tematica dei costi di progettazione aveva costituito una delle ragioni della crisi politica del Comune di XCX e del successivo commissariamento. Analoghe considerazioni erano a farsi per il Segretario, dott. Vincenzo CC. Questi, in sede di deduzioni istruttorie, aveva evidenziato che il compenso liquidato all'arch. DD era stato inferiore all'importo calcolato in base all'art. 18 della legge n. 109 del 1994; circostanza non corrispondente al vero, secondo la Procura. Nel richiamare la normativa di riferimento circa le attribuzioni del Segretario comunale (ai sensi dell'art. 17

comma 68 della legge n. 127 del 15 maggio 1997 e s.m.i., nonché dell'art. 11 del regolamento comunale sull'ordinamento generale degli uffici e dei servizi, approvato con atto di G.M. n. 41 del 6 marzo 1998 e modificato con delibera di Giunta n. 23 del 9 febbraio 2002), il Segretario veniva ritenuto responsabile per avere espresso parere favorevole di regolarità tecnica e contabile in relazione alle delibere di Giunta n. 156 del 21 luglio 2001, n. 1 dell'8 gennaio 2003, n. 63 del 23 dicembre 2003, e n. 74 del 29 novembre 2004, nonché per la sottoscrizione dei contratti nn. 693, 727 e 754. Inoltre, il Segretario non avrebbe contrastato con apposite iniziative e segnalazioni la scelta gestoria del Sindaco e della Giunta, anche promuovendo i necessari approfondimenti mediante la formulazione di quesiti e l'acquisizione di pareri.

Il Requirente non riteneva, inoltre, corretto il calcolo - effettuato dal CC e riportato nelle tabelle allegata alla comparsa di costituzione - dell'ammontare della somma spettante al DD ai sensi dell'art. 18 della l. 109/94, essendo erronea la percentuale applicata del 2% anziché dell'1,5% come previsto dalla norma e dal regolamento comunale di attuazione (delibera di Giunta n. 26/2002); l'aliquota del 2% era stata infatti introdotta soltanto dalla legge n. 350 del 2003 e il successivo regolamento comunale di attuazione era stato approvato con delibera di G.M. n. 60 del 13 luglio 2007 e quindi in epoca successiva ai fatti di causa.

Nel sottolineare, comunque, la difficoltà di calcolare il corretto compenso da attribuire all'arch. DD, a causa dell'inesistenza di alcuni documenti - che l'Amministrazione non aveva ritenuto di fornire o che non aveva messo a disposizione - si ribadiva che l'importo complessivo da liquidare al professionista era pari a euro 15.894,65, che, detratto da quello pagato, determinava l'ammontare del danno contestato.

In ordine alla ripartizione del danno si evidenziava la gravità della colpa dei convenuti, sia per la prevedibilità dell'evento, sia per il marcato scostamento tra il comportamento gestorio tenuto e quello doveroso. Per il BB e il CC assumeva pregnanza anche la

reiterazione delle condotte, mentre per l'AA la sua particolare professionalità.

Conseguentemente, e ferma la competenza del Giudice al riguardo, all'AA doveva essere attribuita la quota di danno conseguente agli atti e ai comportamenti gestori da lui posti in essere, mentre la restante parte del danno doveva essere divisa, in parti eguali, tra gli altri convenuti, tutti obbligati parziariamente.

Al danno erariale erano poi da sommarsi gli emolumenti accessori: rivalutazione monetaria a far data dalla liquidazione dei singoli compensi incentivanti, interessi dal deposito della sentenza di condanna. Le spese di giudizio erano invece da liquidarsi in favore dell'Erario statale.

Con distinte comparse, depositate in Segreteria il 29 maggio 2009, si costituivano i convenuti.

BB Gianni, rappresentato e difeso dagli avvocati Mauro Cimino e Giordano Gagliardini, dopo aver riepilogato il contenuto della citazione, sosteneva:

- a) a) La **prescrizione dell'azione** relativamente agli atti anteriori al 23 gennaio 2003 (tra cui la delibera di Giunta n. 156 del 21/7/2001, il contratto n. 639/2001, la successiva delibera 1 dell'8/1/2003 e conseguente contratto n. 693 del 13/1/2003), poiché l'invito a dedurre era stato notificato il 23/1/2003;
- b) b) l'**assenza di colpa grave** poichè il Sindaco, prima di discutere in Giunta la questione, si era munito del parere di regolarità tecnica e contabile del Segretario comunale;
- c) c) l'**assenza di colpa grave sotto altro profilo**, essendo la normativa di riferimento tutt'altro che chiara, con orientamenti giurisprudenziali contrari alla tesi accusatoria circa la possibile applicabilità dei criteri di liquidazione di cui all'art. 110 del T.U.E.L. anziché quelli di cui all'art. 18 della legge n. 109 del 1994;
- d) d) la **correttezza dei criteri** applicati nel caso in esame, poiché l'architetto DD non si era limitato – come previsto dal citato art.18 – all'attività di progettazione e di

esecuzione di lavori pubblici, ma aveva svolto generali mansioni di funzionario direttivo incaricato di trattare l'insieme dei lavori pubblici del Comune di XCX e tutte le attività gestionali collegate; pertanto era dovuta l'indennità ad personam prevista dall'art. 110 del d. lvo n. 267/2000;

- e) e) **l'assenza di danno**, poiché dalle tabelle depositate dalla Difesa del Segretario comunale, dott. CC, emergeva che, contrariamente all'assunto della Procura (fondato su di una consulenza di parte che come tale andava considerata, e che si contestava espressamente), la scelta era stata economica e fonte di risparmio per il Comune, che, successivamente ed aderendo alla tesi opposta, aveva sostenuto una spesa oggettivamente superiore rispetto a quella affrontata con i criteri contestati dall'Accusa;
- f) f) l'assenza di qualsivoglia considerazione, nell'atto di citazione, in ordine all'**economicità della scelta degli Amministratori** comunali, presupponendosi l'autosufficienza di un piccolo Comune che, invece, non aveva potuto fronteggiare l'attività urbanistica ed edilizia senza ricorrere a prestazioni ad alto contenuto professionale, non potendole affidare al personale amministrativo dipendente;
- g) g) **l'incompetenza del Sindaco a trattare fatti gestionali**, propri del personale burocratico, a seguito del riordino legislativo del 1990, individuato nel dirigente del settore interessato ma anche nel Segretario dell'ente, quale dirigente negli enti minori o coordinatore dei dirigenti in quelli più grossi.

Conclusivamente il BB chiedeva **l'assoluzione** dall'ipotesi contestata oltre alla rifusione delle spese di lite, come per legge.

In via istruttoria si chiedeva di disporre una **consulenza tecnica di ufficio in ordine alla spesa sostenuta dal Comune** applicando il criterio seguito dell'indennità ad personam ed alla comparazione rispetto ad un diverso trattamento, o con affidamento a consulente esterno, ovvero ex art. 18; ed ancora, in ordine all'individuazione e descrizione delle spese

e dei costi sostenuti nel 2005 dopo il recesso dell'arch. DD e con comparazione di quanto avrebbe erogato il Comune nell'ipotesi di prosecuzione della liquidazione secondo l'art. 110 del D. Lvo n. 267/2000.

Il dott. **Vincenzo CC**, a mezzo dell'avv. Luca Cirillo, deduceva che:

a) a) il compenso variabile erogato al DD era correttamente qualificabile come indennità ad personam prevista dall'art. 110, comma terzo, del d. lvo n. 267/2000 e non era un incentivo alla progettazione come sostenuto dalla Procura regionale; anche prescindendo dalle modalità di calcolo delle due norme, esse avevano finalità differenti; l'art. 110 intendeva retribuire il professionista esterno con un importo aggiuntivo che tenesse conto, da un lato, della sua qualificazione professionale e, dall'altro, della temporaneità del rapporto e della situazione di mercato; l'art. 18 della legge n. 109/94 era invece un incentivo alla produttività. In effetti, in relazione alle molteplici attività di progettazione svolte dall'arch. DD, non era stato attribuito alcun compenso aggiuntivo.

Quanto al criterio di calcolo, nulla diceva in proposito il comma terzo dell'art. 110 che prevedeva, quale ultimo parametro, il bilancio dell'Amministrazione. Ne discendeva che il parere tecnico-contabile del Segretario comunale era perfettamente legittimo.

b) b) **Assenza di danno erariale.**

Calcolando l'indennità ad personam secondo i criteri dell'art. 18 della legge n. 109 del 1994, l'importo virtuale (euro 102.355,26, oltre ulteriori oneri) era di gran lunga superiore a quello liquidato effettivamente al professionista (euro 84.718), spettando a quest'ultimo, in aggiunta alla normale retribuzione, sia la retribuzione di posizione e di risultato ai sensi dell'art. 10 del C.C.N.L. del 31/3/1999 (retribuzione di posizione da un minimo di lire 10.000.000 ad un massimo di 25.000.000 annui lordi per tredici mensilità e, per la seconda, da un minimo del 10% ad un massimo del 25% della retribuzione di posizione attribuita) e, in seguito, ai sensi dell'art. 10 del C.C.N.L. del 22/1/2004, una retribuzione di

posizione da un minimo di euro 5.164,56 ad un massimo di euro 16.000 e una retribuzione di risultato da un minimo del 10% ad un massimo del 30% della retribuzione di posizione in godimento; inoltre, l'importo ai sensi dell'art. 18 citato e del regolamento comunale di attuazione per la corresponsione degli incentivi. Utilizzando, invece, il seguito criterio di liquidazione ex art. 110, terzo comma, del T.U.E.L., occorre tener conto: aa) della mole di lavoro svolto per le progettazioni effettuate nel periodo di riferimento, di importo superiore ad euro 3.000.000,00 come risultante dall'allegata tabella e documentazione; bb) dell'utilizzo di mezzi propri dell'arch. DD e dello svolgimento dell'incarico al di fuori dell'orario di servizio; il Comune non possedeva, infatti, attrezzature idonee per la predetta attività; cc) della mancata percezione di indennità di posizione ovvero di altre forme di indennità ad personam; dd) della percezione, da parte dei tecnici incaricati della progettazione di altre opere, di onorari mediamente pari al 15% del valore dei lavori progettati.

Sempre con riguardo al requisito del danno erariale, non erano stati considerati, nel calcolo di parte attrice, ai fini dell'incentivo spettante al DD, gli altri lavori e le altre attività indicati nell'allegata tabella A, e neppure le ulteriori somme, spettanti ai sensi dei contratti DDvi di categoria, per le indennità di posizione e di risultato, dovute per il contemporaneo svolgimento, in alcuni casi, della funzione di responsabile del procedimento. Al riguardo si producevano tabelle analitiche con riferimento alla descrizione dei lavori, agli atti progettuali di riferimento, all'importo consuntivo, al fine di mostrare la percentuale di incentivo applicabile e l'importo finale spettante al tecnico, tenendo conto dell'elevazione del compenso percentuale al 2% stabilito dalla legge finanziaria per il 2004 n. 350/2003 (importo finale dell'incentivo – a fronte di lavori progettati del valore di euro 3.158.597,47 – di euro 55.121,30).

Si avanzava inoltre richiesta di ordine di esibizione al Comune di XCX degli atti e documenti ritenuti necessari dal Collegio, per sopperire all'inerzia lamentata dalla Procura

nell'atto di citazione.

Il convenuto allegava inoltre una tabella B che riassumeva, per il periodo di interesse, l'attività svolta dal DD quale responsabile del procedimento con l'indicazione del compenso virtuale che sarebbe spettato all'architetto per tale attività (a fronte di lavori del valore di euro 2.637.686,11 al DD spettavano, quale r.u.p., euro 17.135,11). Si precisava, inoltre, che nell'indennità ad personam erano stati considerati assorbiti gli importi dovuti quale indennità contrattuale di posizione organizzativa ed indennità di risultato di cui all'art. 10 del c.c.n.l. del 31/3/1999 e dall'art. 10 del C.C.N.L. del 2004, calcolata prudenzialmente in base ai valori minimi previsti dal contratto stesso in complessivi euro 30.098,85).

All'importo complessivo pari ad euro 102.355,26 dovevano inoltre aggiungersi le spese vive sostenute dal professionista, il risparmio comunale per l'allestimento di un ufficio tecnico dotato delle necessarie attrezzature (computer idoneo per applicazioni *cad*, software applicativo e relative licenze, un *plotter* per la stampa degli elaborati e tutto ciò che era occorrente per la produzione dei documenti di progetto), il risparmio per le polizze di responsabilità del progettista, ex art. 106 del d.p.r. n. 554 del 1999, sostenute in proprio dal DD; il risparmio per il lavoro straordinario non retribuito.

Il Segretario comunale, in un'ulteriore tabella, indicava poi i principali lavori per i quali era stato conferito incarico esterno con lo svolgimento, da parte dell'arch. DD, dell'attività di responsabile del procedimento e, in alcuni, anche di coordinatore della sicurezza senza alcuna remunerazione.

Dunque, anche a prescindere dalla legittimità del parere del Segretario rispetto alle delibere, al Comune di XCX non era stato arrecato alcun danno economico; al contrario, l'ente si era avvantaggiato della collaborazione del DD.

c) c) per completezza di difesa il Segretario evidenziava, comunque, la **limitata incidenza del suo operato rispetto agli atti adottati dagli organi politici ed amministrativi**; infatti, come ritenuto dalla giurisprudenza, i pareri espressi dai

dirigenti erano limitati alla verifica della sola legittimità tecnica degli atti, mentre la responsabilità era degli organi che avevano adottato le decisioni; del resto, anche la Procura aveva ritenuto la legittimità della stipulazione dei contratti di diritto privato per il conferimento dell'incarico di collaborazione ad alta specializzazione. Ne conseguiva la doverosità dell'assoluzione del convenuto da tutti gli addebiti mossigli con le conseguenze di legge in ordine alle spese di lite.

In via istruttoria si insisteva nella richiesta di ordine di esibizione al Comune di XCX di tutti gli atti citati nelle tabelle contenute nella memoria di costituzione e risposta e nell'istanza di deposito in originale, da parte della Procura, della nota di controdeduzioni depositata presso la Procura medesima.

Il convenuto Fiorangelo AA, a mezzo del Difensore, avv. Alberto Cucchieri, deduceva analogamente:

a) la correttezza e legittimità della quantificazione del compenso pagato al DD, ai sensi dell'art. 110 del T.U.E.L.

I soli criteri da seguire da parte della Giunta, nell'adozione della relativa delibera, erano quelli della specifica qualificazione professionale e culturale del professionista, anche in considerazione della temporaneità del rapporto e delle condizioni di mercato relative alle specifiche competenze professionali. Al riguardo, l'ente aveva ampia discrezionalità circa l'adozione del criterio di calcolo, purchè rispettosa dell'art. 97 della Costituzione.

Non era corretto il riferimento della Procura all'art. 18 della legge n. 109/1994 attenendo, la norma, all'incentivazione delle progettazioni, con natura del tutto diversa rispetto a quella dell'art. 110, come riconosciuto dallo stesso Requirente.

b) l'assenza di danno all'ente poiché, a seguire la tesi del P.M. ed applicando l'art. 18 citato, al DD dovevano essere pagati: aa) l'incentivo alla progettazione nella misura non superiore al 2% dell'importo a base di gara, al lordo di tutti gli oneri accessori ed ivi compresa la quota di tali oneri a carico degli enti stessi e quindi euro 55.121,30 (tabella A);

bb) la somma dovuta al professionista quale responsabile unico del procedimento (euro 17.135,11); cc) l'indennità di posizione organizzativa ed indennità di risultato ex art. 10 del C.C.N.L. del 31/3/1999, indicato in via esemplificativa nei valori minimi previsti dal contratto stesso, in euro 30.098,85 (tabella C).

Di conseguenza, il Comune di XCX avrebbe dovuto corrispondere all'arch. DD euro 102.355,262.

Occorreva inoltre considerare quanto risparmiato dall'ente a titolo di spese vive sostenute dal professionista per l'allestimento di un ufficio dedicato dotato delle necessarie attrezzature, per i premi relativi alla polizza di responsabilità del progettista di cui all'art. 106 del d.P.R. n. 554/99 e per il lavoro straordinario non retribuito. Infine, il DD aveva svolto in relazione a numerosi lavori la posizione di responsabile del procedimento e di coordinatore per la sicurezza, senza alcuna remunerazione, quantificata nella tabella D in complessivi euro 434.470,62 a fronte di un valore dei lavori di euro 2.761.658,50.

Pertanto, avendo il Comune pagato euro 87.718,00 non esisteva alcun danno.

d) d) **l'inesistenza del nesso di causalità tra il presunto danno** – di cui alle determine liquidatorie n. 46 del 28/9/2005 e n. 49 del 7/10/2005 – **e l'attività gestoria del convenuto quale commissario straordinario.**

L'AA era infatti stato nominato Commissario del Comune con provvedimento 11/10/2005 della Prefettura di Ascoli Piceno e quindi successivamente a tali determine, per cui il danno asseritamente derivante dal pagamento non gli era assolutamente imputabile. Il Commissario, infatti, si era limitato a stipulare il contratto n. 793/2005 – di assetto giuridico uguale al precedente – dopo la cessazione del rapporto a seguito del venir meno della fiducia al Sindaco in data 7/10/2005. Dopo la stipulazione del contratto n. 793/2005 non erano state indicate altre determine perché non ce n'erano.

e) e) **L'assenza di colpa grave** in capo al convenuto, avendo egli operato con diligenza e con perizia, osservando ogni prudenza per evitare al Comune di XCX

probabili situazioni dannose; il dott. AA, il 12 ottobre 2005, giorno successivo alla nomina prefettizia, aveva effettuato il primo accesso negli uffici comunali, occupandosi in primo luogo degli appalti di lavori in corso, riguardanti l'ampliamento del cimitero comunale, la ristrutturazione delle case popolari, il teatro comunale, lo stadio comunale ed alcuni lavori stradali nel centro storico. Essendo cessato il rapporto con il DD ed in assenza di dipendenti qualificati, il Commissario aveva ritenuto necessario affidare nuovamente l'incarico di responsabile del procedimento al professionista incaricato in precedenza, che aveva seguito tutte le vicende. Peraltro, l'AA aveva ripreso in mano tutta la questione, esaminando la normativa di riferimento, ivi compresa la deliberazione dell'Autorità di Vigilanza sui pubblici lavori, servizi e forniture n. 123 del 12/4/2001. In detto provvedimento si era chiarito che l'art. 18 comma 2 quater della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m. doveva essere coordinato con l'art. 51, comma 5 bis della legge n. 142 del 1990, che consentiva la stipula di tali contratti per l'affidamento di compiti di dirigente o di funzionario direttivo. Il divieto di affidamento, con contratti a tempo determinato, dell'attività di progettazione, direzione lavori e collaudo non era applicabile al caso di assunzione a tempo determinato di un funzionario pubblico con profilo di istruttore direttivo tecnico (Ing. Cat. D) poiché tra le relative mansioni rientravano anche quelle concernenti l'attività di progettazione e di direzione dei lavori. Stabilito ciò, il Commissario aveva poi esaminato la convenienza economica dell'affidamento ex art. 110 del T.U.E.L. rispetto all'applicazione dell'art. 18 della legge n. 109/94 con tabelle redatte da apposito tecnico e riportate nella comparsa, come prima esposto.

Pertanto il dott. AA aveva affidato all'arch. DD – con provvedimento commissariale n. 4 del 26/10/2005 – il completamento dei lavori non ultimati con il rinnovo dell'incarico gestionale e l'approvazione dello schema di contratto ad esso allegato.

Conclusivamente il convenuto chiedeva l'assoluzione dagli addebiti di cui all'atto di

citazione.

In via istruttoria e qualora il Collegio ne ravvisasse l'opportunità, si chiedeva di ordinare al Comune di XCX di fornire tutto quanto necessario per la conferma dei conteggi contenuti nella memoria di costituzione.

All'udienza del 18 giugno 2009 l'avv. Giordano Gagliardini per il sig. BB, riepilogando in sostanza il contenuto della memoria di costituzione, eccepiva, in via preliminare, l'intervenuta prescrizione dell'azione della Procura per i fatti antecedenti il 23.1.2003; nel merito, che il Sindaco, all'epoca dei fatti appena insediato nella carica, si era fondato sul parere del Segretario comunale; in ogni caso il calcolo del compenso ad personam era legittimo, come stabilito anche dalla giurisprudenza amministrativa (sentenza del T.A.R. Lombardia – Brescia, n. 463 del 2003). Anche il Commissario straordinario, dott. AA, aveva dato parere favorevole alla liquidazione del compenso all'arch. DD secondo le stesse modalità.

In ogni caso, mancava il requisito del danno erariale, poiché – come dimostrato dalle tabelle contenute nelle memorie difensive degli altri convenuti – il Comune avrebbe speso di più qualora avesse dovuto corrispondere al professionista il compenso per le indennità dovute secondo il C.C.N.L. e le spese fisse risparmiate dall'ente per l'utilizzo da parte del DD della propria attrezzatura.

Pertanto, si insisteva in via principale per l'assoluzione del BB – che, tra l'altro, era l'organo politico dell'ente e non poteva essere ritenuto responsabile per attività gestionale - e, in via subordinata, per l'esperimento di una c.t.u. per quantificare gli esborsi che il Comune avrebbe dovuto sopportare qualora non avesse corrisposto l'indennità ad personam.

L'avv. Alberto Cucchieri per l'AA sottolineava, in primis, l'assenza del nesso causale tra il comportamento dell'assistito e le delibere produttive del presunto danno. Il Commissario, infatti, si era insediato dopo l'adozione e l'esecuzione delle delibere "incriminate" e quelle

da lui adottate (n. 46 in data 8.9.2005 e n. 49 del 7.10.2005) non avevano determinato alcun esborso di denaro.

In data 26 novembre 2005 si era stipulato l'ultimo contratto di collaborazione tra l'ente ed il DD, peraltro mai eseguito, poiché l'architetto si era dimesso nel febbraio 2006 a seguito della delibera n. 1/2006 dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

Nel merito del problema, la materia non era chiara poiché l'art. 110 del T.U.E.L. si riferiva proprio al caso di specie di un contratto di diritto privato con un libero professionista avente diritto quindi ad un'indennità, determinata con delibera di Giunta.

Ne discendeva che doveva applicarsi la tariffa professionale, sia pure con le riduzioni di legge; le delibere dell'Autorità di Vigilanza riguardavano ipotesi diverse.

In ogni caso ed a tutto concedere, la difficoltà ermeneutica della materia all'esame dimostrava l'assenza di colpa grave in capo agli amministratori.

L'Avv. Cirillo, per Vincenzo CC, sosteneva che l'art. 110 T.U.E.L. – che non quantificava né parametrava l'indennità ad personam se non con riferimento ai limiti di bilancio ed alla Costituzione – rimetteva al potere delle parti la determinazione dell'indennità in esso prevista. Trattandosi dunque di contratto di diritto privato, avente forza di legge tra le parti, era solo a questo che occorreva guardare per stabilire la legittimità dell'erogazione del compenso al professionista. Del resto, l'accordo era equo, poiché all'architetto non venivano retribuite le prestazioni inerenti i contratti sotto la soglia di euro 25.000.

In ogni caso, non poteva essere seguita la tesi della Procura poiché gli incarichi di progettazione non esaurivano tutte le mansioni dell'arch. DD, che svolgeva anche quelle di responsabile dell'Ufficio tecnico.

In secondo luogo, e rifacendosi alle tabelle per il calcolo del danno, si sosteneva che al DD, a seguire la tesi dell'Accusa, sarebbero dovuti essere liquidati maggiori emolumenti e quindi mancava l'elemento del danno erariale.

Di conseguenza, si sottolineava la piena legittimità del parere tecnico fornito dal Segretario

comunale, tenuto anche conto della decurtazione delle parcelle del 50% complessivo.

Il Procuratore regionale, dal suo canto, insisteva per l'accoglimento della richiesta di condanna. Infatti, i pubblici dipendenti non potevano svolgere attività di progettazione in favore dell'Amministrazione da cui dipendevano e l'incentivo della "Merloni" era al massimo dell'1,5% dell'importo a base d'asta dei lavori (l'aliquota del 2% era stata inserita solo con una delibera del 2007 che aveva recepito il disposto della legge n. 350/2003).

Il Comune di XCX, che aveva ben operato nella fase precedente ai fatti di causa (delibera n. 79/99 e provvedimento n. 5/99), corrispondendo all'architetto la retribuzione per la corrispondente posizione D1 oltre agli incentivi di cui all'art. 18 della legge n. 109/1994, inspiegabilmente aveva cambiato parametro, che, peraltro, non era contenuto nella delibera n. 156/01, ma solo nel contratto ad essa collegato. Né si poteva far riferimento ad eventuale spettanza di indennità di posizione e di risultato – che tra l'altro avrebbero dovuto essere concordate con le rappresentanze sindacali – in quanto non previsto nella delibera, per cui doveva ritenersi che si fosse sostanzialmente eluso il disposto dell'art. 18 della legge n. 109/94.

Nell'opporsi ad una c.t.u. tecnica sull'ammontare dei compensi ipoteticamente spettanti al professionista, il P.R. ribadiva la necessità di condannare tutti i convenuti, ivi compreso il Commissario straordinario che aveva comunque adottato alcune delibere, aderendo, comunque, all'eccezione di prescrizione sollevata dal BB per i fatti antecedenti la notificazione dell'invito a dedurre.

Dopo le rituali repliche, la causa veniva rimessa in decisione nelle camere di consiglio del 18 giugno e 2 luglio 2009.

DIRITTO

1. - Preliminarmente rileva il Collegio che non occorre svolgere acquisizioni documentali, essendo in atti tutte le delibere e gli elementi utili per pervenire ad una decisione, di puro diritto.

2. - Sempre in via pre liminare, ed in ordine all'eccezione di prescrizione dell'azione di responsabilità, sollevata soltanto dal convenuto BB, rilevasi che essa è pleonastica, avendo la Procura contestato unicamente i fatti produttivi di danno successivi alla delibera di Giunta n. 1 dell'8 gennaio 2003 e quindi non coperti da prescrizione (cfr. pagg. 16, 17 e 18 della citazione in cui si considerano le sole delibere di liquidazione dei compensi dal 5 maggio 2003 al 7 ottobre 2005) ed avendo ciò ribadito in udienza.

3. - Venendo al merito della questione essa riguarda il presunto danno scaturito dalla colpevole erronea individuazione ed applicazione della normativa per il calcolo del compenso dovuto all'architetto DD per gli incarichi a lui conferiti dal Comune di XCX.

L'ambiguità della questione scaturisce, ad avviso del Collegio, dalla duplicità delle funzioni svolte dal DD (dipendente a contratto dell'Ente, da un lato; libero professionista, dall'altro) e dal correlativo differente parametro di retribuzione (compenso fisso e compenso variabile).

4. - Ma prima di addentrarsi nella normativa di riferimento, giova riepilogare, sia pure sinteticamente, il rapporto tra il DD ed il suddetto Comune, di durata pluriennale (dal 1999 al 2006).

Il DD era stato reclutato con delibera di Giunta n. 79 del 19 marzo 1999 con contratto di alta specializzazione extra dotazione organica e, con successivo provvedimento n. 5 del 27 marzo 1999, veniva addetto alle funzioni connesse all'area Gestione del Patrimonio e del Territorio, Lavori Pubblici, Ambiente ed Urbanistica.

L'assunzione si fondava sull'art. 51, comma 5 bis, della legge 8.6.1990 n. 142 (le cui disposizioni sono state confermate dall'art. 110 del nuovo T.U. delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali reso con d.lgs. n. 267/2000) che, nel disciplinare il compenso spettante ai dirigenti o funzionari dell'area direttiva, assunti con contratti a tempo determinato in assenza di analoghe professionalità presenti all'interno dell'ente, si esprime nei seguenti termini: "Il trattamento economico, equivalente a quello previsto dai

vigenti contratti DDvi nazionali e decentrati per il personale degli enti locali, può essere integrato, con provvedimento motivato della giunta, da una indennità ad personam, commisurata alla specifica qualificazione professionale e culturale, anche in considerazione della temporaneità del rapporto e delle condizioni di mercato relative alle specifiche competenze professionali.”

In seguito la norma di riferimento è il citato art. 110 del d. lvo n. 267 del 2000 di analogo tenore. Infatti, si prevede, al primo comma, che la copertura dei posti (vacanti all'interno della dotazione organica dell'Ente) di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, possa avvenire, ove contemplato dallo Statuto, mediante ricorso a personale esterno legato da contratto a tempo determinato di diritto pubblico o, eccezionalmente e con deliberazione motivata, di diritto privato, fermi restando i requisiti richiesti dalla qualifica da ricoprire.

Pertanto, in base al menzionato primo comma, condizioni affinché gli enti possano ricorrere a tali tipi di assunzione sono il possesso dei detti requisiti e l'espressa previsione in sede statutaria.

Il secondo comma dell'art. 110 prevede, poi, la possibilità di ricorrere al contratto a tempo determinato per i dirigenti e le alte specializzazioni, anche al di fuori della dotazione organica. In tal caso la copertura dei posti richiede la previa determinazione – in sede di regolamento sull'ordinamento degli Uffici e Servizi – dei limiti, criteri e modalità disciplinanti l'istituto, fermi restando il possesso dei requisiti richiesti per la qualifica nonché il rispetto di determinati limiti quantitativi.

Il terzo comma dell'art. 110, infine, oltre a fissare limiti temporali dei contratti, stabilisce che il trattamento economico è composto da una quota fissa equivalente al trattamento disciplinato dai normali contratti DDvi per il personale degli enti locali e, eventualmente, da una componente variabile, che può essere determinata con provvedimento motivato della Giunta, consistente in un'indennità ad personam,

commisurata alla specifica qualificazione professionale e culturale, anche in considerazione della temporaneità del rapporto e delle condizioni di mercato relative alle specifiche competenze professionali.

5. - Nella fattispecie in esame, il Comune di XCX stipulava con il professionista esterno un contratto di diritto privato ad alta specializzazione (periodo dall'assunzione al 30 marzo 2001), poi un contratto di collaborazione coordinata e continuativa e successivamente gli attribuiva la responsabilità del Servizio Lavori Pubblici e Servizio Urbanistica (contratto n. 693 del 13 gennaio 2003). I contratti venivano firmati, in rappresentanza dell'ente locale, dal Segretario comunale, dott. Vincenzo CC, per il periodo che qui interessa.

Per quanto riguarda il trattamento economico, fino alla deliberazione di Giunta 21 luglio 2001, n. 156 e relativi allegati, era corrisposta la retribuzione prevista per la VII qualifica funzionale (poi D1) in relazione alle ore effettivamente lavorate, oltre agli incentivi previsti dall'art. 18 della legge n. 109 del 1994 a fronte dell'effettuazione di attività progettuale e di direzione lavori (determine n. 15 del 13/6/2000 e n. 19 del 21/7/2000; delibere di Giunta n. 129 del 25/7/2000 e n.ri 3 e 4 del 16/1/2001).

Con la citata delibera n. 156 del 2001 era poi riconosciuta al DD un'indennità ad personam per lo svolgimento di attività progettuali ritenute ulteriori rispetto a quelle connesse con la responsabilità dei procedimenti in materia di lavori pubblici e di concessioni contributive per eventi alluvionali e dissesti del luglio 1999. In attuazione di detta delibera veniva stipulato il contratto n. 639 – con validità dal 25/7/2001 al 31/12/2002 – che prevedeva un compenso aggiuntivo forfettario, commisurato a tre scaglioni sulla base del valore a base d'asta dei lavori (da 50 a 200 milioni lire 4.000.000; da 200 a 500 milioni, lire 10.000.000 e lire 15.000.000 per lavori superiori a 500 milioni di lire).

Con delibera n. 1 dell'8/01/2003 veniva inoltre attribuita, in aggiunta, la responsabilità del Servizio Lavori Pubblici e del Servizio Urbanistica (contratto n. 693 del

13 gennaio 2003).

Il compenso constava di una parte fissa, per il livello retributivo della qualifica funzionale D3 e di una parte variabile a titolo di indennità ad personam, calcolata in base alla tariffa professionale vigente, ridotta del 30% (oltre al 20% previsto per le prestazioni in favore di pubbliche amministrazioni), per le progettazioni e/o direzioni lavori riguardanti le opere ed i lavori con importo a base d'asta superiore ad euro 25.000.

Il Comune stipulava poi un contratto di diritto privato ad alta specializzazione, ex art. 110, secondo comma, del d.lgs. n. 267/2000, che, con delibera n. 63 del 23 dicembre 2003, veniva trasformato in rapporto di collaborazione coordinata e continuativa a tempo determinato dal 1° gennaio al 31 dicembre 2004. L'incarico era riferibile alle funzioni di responsabile dell'Ufficio tecnico, con particolare riguardo ai Servizi Lavori Pubblici ed Urbanistica, ed era prevista la progettazione e direzione dei lavori.

Il compenso prevedeva la retribuzione fissa rapportata alla qualifica funzionale D3 oltre ad importi variabili a percentuale per progettazione e/o direzione dei lavori per opere di importo a base d'asta superiore ad euro 20.000 e per progettazioni e coordinamenti urbanistici limitatamente al caso di onorari superiori ad euro 2.500.

La liquidazione doveva essere preceduta da presentazione di fattura e doveva tener conto della tariffa professionale prevista dal D.M. 4 aprile 2001 ridotta del 30%.

6. - Tanto premesso, rilevasi che con l'atto di citazione parte attrice ha sottolineato il mutamento (intervenuto con la delibera n. 156/2001) non tanto delle attribuzioni svolte dal professionista, che appaiono sostanzialmente immutate, quanto delle modalità di retribuzione variabile.

Il Collegio nota al riguardo che la delibera citata non menziona l'attribuzione a favore del DD di incarichi di progettazione *esterni, bensì esclusivamente il conferimento, da parte del DD stesso quale responsabile del servizio, di incarichi esterni di progettazione ad altri professionisti*. Sennonchè sia la determina sindacale che il contratto allegati alla

suddetta delibera e di essa costituenti parte integrante, sono dissonanti rispetto a quanto previsto nella delibera giuntale, dal momento che prevedono, in realtà, incarichi di progettazione svolti in proprio dal DD e retribuiti in maniera affatto differente rispetto al criterio seguito in precedenza.

Tale discrepanza si ripresenta in tutte le delibere successive rispetto alle relative determinazioni sindacali e contratti di diritto privato stipulati con il professionista.

Inoltre, per tutti i lavori individuati nell'atto di citazione a pagg. 16 -18, il DD ha provveduto ad autoliquidarsi le parcelle, a volte a se stesso come persona fisica, a volte alla "Arking Consulting s.r.l." di cui egli era socio.

Tutto ciò precisato, è necessario ora stabilire la legittimità degli incarichi esterni e della relativa remunerazione.

Al riguardo, va richiamata la normativa seguita fino alla deliberazione n. 156/2001, che disciplina la progettazione c.d. "interna", ad opera cioè di dipendenti dell'Amministrazione. Va infatti ritenuto che il DD, sia pure formalmente esterno all'apparato comunale (come detto, all'inizio era stato reclutato con contratto di alta specializzazione extra dotazione organica ai sensi dell'art. 110, secondo comma, del T.U. d. lvo n. 267/2000), ne era entrato a far parte in virtù dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa, per svolgere le funzioni di responsabile del servizio tecnico.

Devesi altresì richiamare l'art. 18 della citata legge n. 109 del 1994, intitolato "*Incentivi e spese per la progettazione*" il quale prevede la ripartizione dell'aliquota massima dell'1,5% dell'importo a base di gara dell'opera o del lavoro tra il responsabile unico del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori. Tale ripartizione deve essere effettuata secondo percentuali stabilite dalla contrattazione DDva e dal regolamento dell'Ente. La medesima norma, al comma 2 ter, prevede l'incompatibilità tra i pubblici dipendenti che abbiano un rapporto di lavoro a tempo parziale

e gli incarichi professionali per conto dell'ufficio di appartenenza.

La formulazione della norma riflette in modo evidente l'intenzione del legislatore, da un lato, di dare credibilità al principio di c.d. progettazione autarchica della pubblica amministrazione e, dall'altro, considerati le carenze strutturali ed i vuoti di organico nonché i modesti livelli retributivi dei dipendenti, di prevedere una remunerazione aggiuntiva comunque predeterminata quanto a limite massimo.

Il Comune di XCX, con deliberazione di Giunta n. 26 dell'11 febbraio 2002, emanava a votazione unanime il nuovo regolamento comunale per la ripartizione degli incentivi previsti dalla legge "Merloni" (Sindaco il BB e con l'assistenza del Segretario CC), prevedendo, all'art. 4, la suddivisione dei compensi tra i dipendenti dell'Ufficio tecnico comunale relativamente alla redazione del progetto, del piano di sicurezza, della direzione dei lavori, della funzione di responsabile del procedimento e del collaudo; e, all'art. 6, i compensi per la redazione di atti di pianificazione urbanistica. All'art. 8 stabiliva la possibilità di ripartire effettivamente gli incentivi "a condizione che sia possibile reperire il finanziamento degli incentivi all'interno delle risorse già previste nel quadro economico di spesa dei progetti ed ivi già finanziate".

7. - Tanto premesso, dagli atti non è dato individuare il motivo per cui il pagamento dell'attività progettuale ulteriore, in passato sempre retribuita ai sensi del menzionato art. 18, con l'avvento della delibera n. 156 dl 2001 dovesse invece essere parametrato alla tariffa professionale sia pure con la riduzione complessiva del 50%; né la delibera stessa motiva in merito al mutamento di una prassi almeno biennale.

L'irragionevolezza di tale cambiamento appare ancora più chiara in presenza, in epoca immediatamente successiva, del regolamento comunale di attuazione dell'art. 18 della Merloni.

Nel rispondere alla contestazione attorea circa la tardiva e soprattutto immotivata, ingiustificata e quindi dannosa attribuzione al DD dell'indennità ad personam la difesa (in

particolare, del BB e, soprattutto, del CC) ha, tra l'altro, evidenziato che il riconoscimento di tale indennità è assolutamente legittimo in quanto conforme alla normativa di riferimento ed espressione di un esercizio prudente ed oculato dello *ius variandi*, coesistente al concetto di autonomia negoziale. Pertanto, e a differenza di quanto ritenuto dall'Accusa, occorrerebbe fare riferimento unicamente al contratto allegato alla delibera di riferimento che ha forza di legge tra le parti.

Ad avviso del Collegio, ha indubbiamente ragione la difesa quando sottolinea che nella fattispecie all'esame l'Amministrazione ha operato nell'ambito dell'autonomia negoziale, ma occorre rilevare che anche in tale ambito, a differenza dei privati che possono decidere da sé come regolare liberamente i propri interessi di cui hanno piena disponibilità, quando è una pubblica amministrazione che opera con istituti che sono esplicitazione di autonomia negoziale, non ha la piena disponibilità degli interessi coinvolti nel negozio giuridico, ma è sempre vincolata al perseguimento dell'interesse pubblico che vuole realizzare, ancorché con "strumenti" propri del diritto privato, tenuto anche conto ovviamente dei limiti imposti dall'ordinamento contabile.

8. - Ed allora la questione da risolvere è verificare se l'esercizio *ius variandi* corrisponda ad un interesse pubblico che, avendo sempre a riferimento il parametro normativo, giustifichi un "ripensamento" dell'assetto degli interessi già valutati in sede di primo reclutamento, atteso che per vari anni non si era ritenuto di dover corrispondere l'indennità ad personam. Assume quindi rilievo la ricerca dell'elemento di novità che rispetto agli atti di originaria assunzione, dovrebbe sorreggere le delibere che hanno "aumentato" la retribuzione in un primo momento prevista. Elemento di novità che va quindi ricercato innanzitutto nell'ambito della delibera di G.M. n. 156/2001, e in particolare nella sua motivazione.

Orbene, è innanzitutto da rilevare che la citata delibera n. 156 - come pure il contratto n. 639 - lascia del tutto immutati i compiti precedentemente conferiti all'arch. DD, motivando,

anzi, in ordine all'attività da lui eseguita in favore dei cittadini che avevano avanzato domanda di contributo per i dissesti idrogeologici del 1999 e alla necessità di continuare con il rapporto di diritto privato ad alta specializzazione a favore del suddetto, anche con riferimento alle progettazioni di numerose opere pubbliche da eseguire; al riguardo si richiama a tutte le precedenti delibere giuntali intervenute, dalla n. 79/99 in poi. Pertanto il Collegio ritiene di dover pienamente condividere la tesi di parte attrice che, sottolineando la mancanza di adeguati elementi di novità che abbiano giustificato il "ripensamento" in aumento del compenso precedentemente determinato, lo ritiene non dovuto e quindi dannoso per le finanze comunali.

Per giunta, nel frattempo, erano intervenute numerose pronunce di un organo autorevole quale l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, Servizio affari giuridici, che sin dal 2000, con la delibera n. 43, seguita dalla n. 206 del 2001 e, da ultimo, dalla n. 2 del 2006 e quindi in epoca coeva ai fatti di causa, aveva ribadito l'illegittimità sia del conferimento di incarichi di progettazione "esterna" a pubblici dipendenti aventi un rapporto di impiego a tempo definito (come in effetti era quello del DD) - ai quali poteva essere attribuito l'incarico di responsabile del procedimento - sia delle modalità di retribuzione degli incarichi di progettazione c.d. interna, essendo possibile solo procedere alla ripartizione dell'incentivo previsto dall'art. 18 della legge n. 109/1994 (e successive modifiche e integrazioni) e non erogare alcun altro emolumento.

In effetti l'incardinamento del DD nell'organizzazione comunale (in quanto legato da contratto ad alta specializzazione o da contratto di collaborazione coordinata e continuativa) poteva consentire al predetto non già lo svolgimento di incarichi professionali esterni, bensì solo quelli di progettazione interna, retribuibili però non con indennità ad personam parametrata alla tariffa professionale sia pure ridotta, ma in base alla predetta incentivazione.

9. - A questo punto vanno affrontate le deduzioni difensive che, benché pregevoli, devono

essere disattese, tranne quelle, dirimenti, della difesa del convenuto AA.

Infatti quest'ultimo, Commissario Prefettizio, se pure aveva continuato ad attribuire gli incarichi al solo fine, peraltro, di completare i lavori in itinere (e per questo il suo operato è stato apertamente censurato nella delibera n. 2/06 dell'Autorità di Vigilanza), non ha però concorso, con il suo comportamento, alla determinazione del danno risarcibile; infatti dopo il suo insediamento (avvenuto il 12 ottobre 2005) non sono state emanate delibere di (auto) liquidazione da parte del DD (l'ultima è del 7/10/2005 e quindi antecedente al detto insediamento; cfr. pag. 18 della citazione).

Dunque, mentre le due determine liquidatorie n. 46 del 28/9/2005 e n. 49 del 7/10/2005, menzionate al punto 26 dell'atto di citazione, sono state emesse dal DD senza alcuna connessione con l'attività gestoria dell'AA, la stipula da parte di quest'ultimo del contratto n. 93 del 26/10/2005 non ha poi prodotto effetti, non essendo seguite successive determine di pagamento.

Il dott. AA va pertanto mandato assolto dall'addebito a lui ascritto per assenza del necessario nesso causale tra il suo comportamento e la verifica del danno erariale.

10. - Per gli altri convenuti, va esaminata la tesi dell'inesistenza di un danno per l'ente, essendo, a loro dire, di assoluta convenienza, per il Comune di XCX, l'effettuata applicazione della tariffa professionale rispetto a quella dei contratti DDvi di lavoro, che contemplavano tutta una serie di altre voci quali la retribuzione per posizione organizzativa e la retribuzione di risultato (dal gennaio 2003 al gennaio 2006 e quindi per il periodo in cui il DD ha svolto la responsabilità del servizio Urbanistica e LL.PP.= euro 23.423,20), nonché l'indennità ad personam; inoltre occorre considerare le spese vive sostenute dal professionista, nonché il risparmio comunale dovuto al mancato allestimento di un ufficio ad hoc, per le polizze di responsabilità del progettista, stipulate in proprio dal DD, nonché per il lavoro straordinario non retribuito.

Il Collegio osserva, al riguardo, che i contratti stipulati tra l'ente ed il professionista (che,

come ricordato dalla Difesa del CC, hanno forza di legge tra le parti) nel disciplinare il rapporto, nulla prevedevano circa le varie voci sopra menzionate, contemplando soltanto una retribuzione oraria e, anzi, stabilendo che il compenso remunerava il professionista per tutte le attività accessorie a quella principale, soprattutto per quanto riguardava lo straordinario (principio di omnicomprensività). L'attività di progettazione interna e la direzione dei lavori dovevano essere compensate esclusivamente mediante l'incentivazione dell'art. 18 della legge n. 109 del 1994, di molto inferiore rispetto all'indennità ad personam, rimanendo libero, il professionista, di recedere dal contratto ovvero di non stipularlo qualora le condizioni economiche non l'avessero soddisfatto. Invece egli non solo ha beneficiato di un rapporto di lavoro stabile e sicuro nel tempo presso il Comune, ma ha avuto altresì la possibilità di una serie di "commesse" certe e redditizie, da parte del medesimo datore di lavoro.

C'è poi da considerare l'anomalia di una serie di contratti a tempo determinato stipulati, per più di sei anni, dal Comune sempre con lo stesso professionista esterno, quando una sana e corretta gestione avrebbe dovuto suggerire agli amministratori di bandire un concorso per la posizione apicale mancante. Va infatti osservato che i contratti stipulati ai sensi dell'art. 110 del T.U.E.L. (come del precedente art. 51 della legge n. 142/90) hanno l'evidente ratio di sopperire a situazioni contingenti, come la mancanza di una posizione in organico ovvero – come nel caso in esame – della professionalità richiesta. Ed in tal senso il reclutamento del DD - all'inizio – si spiegava con la necessità di far fronte alle problematiche inerenti alle pratiche per i contributi pubblici e privati per i danni dovuti al sisma del settembre 1997 come si evince dalla lettura delle delibere di G.C. n. 79 del 19.3.1999 e n. 156 del 2001 che si soffermavano sul lavoro da svolgere relativamente ai danni dell'alluvione del luglio 1999, oltre alle progettazioni per le opere pubbliche da eseguire.

Successivamente da un rapporto occasionale si è passati a collaborazioni coordinate e

continuative – con relativo inquadramento retributivo – e all'affidamento dell'incarico di responsabile del servizio.

Rileva ancora il Collegio la circostanza, non contestata nell'atto di citazione, ma che emerge chiaramente dall'analisi globale della vicenda, che l'attribuzione ad un dipendente comunale (com'era, in effetti, il DD) di incarichi di progettazione esterna, retribuiti in misura diversa da quella contemplata dall'art. 18 della legge n. 109 del 1994, era del tutto illegittima per violazione di legge, come rilevato più volte dall'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici nelle delibere sopra ricordate. Il Collegio osserva, inoltre, che le fatture venivano pagate dallo stesso architetto, nella qualità di Responsabile del servizio, con proprie determine, a soggetto giuridico diverso (la menzionata Arking Consulting s.r.l.) da quello a cui gli incarichi erano stati conferiti, e quindi erano nulle, in radice, per inesistenza della causa debendi del pagamento stesso.

11. - In ordine alla partecipazione dei due convenuti da ritenere colpevoli della causazione del danno, per il primo, BB, vanno ricordate, anzitutto, la sua posizione e funzione di Sindaco e cioè di organo di vertice politico-amministrativo ricoperte nell'ambito di un piccolo Ente, le quali quindi lo hanno necessariamente messo nella condizione di conoscere nei dettagli e di incidere sullo svolgimento dell'azione amministrativa, posto che il Sindaco, oltre a rappresentare l'Ente, sovrintende al funzionamento dell'apparato comunale ed all'esecuzione dei relativi atti e funzioni. Ma, anche al di là della carica rivestita, va rammentata la dirimente circostanza dello svolgimento da parte del BB di un'effettiva attività gestionale – in un contesto di palesi e reiterate illegittimità ed illiceità quali sopra descritte – per aver presieduto la Giunta comunale, sottoscritto atti ed emanato i decreti allegati alle delibere di attribuzione del compenso ad personam, come precisato nella parte in fatto; il tutto dopo aver, in periodo coevo, approvato il regolamento comunale sulla ripartizione degli incentivi di cui all'art. 18 della legge "Merloni".

Infine, l'aver tenuto conto del parere espresso dal Segretario comunale non lo esonera dal

concorso di responsabilità, avendo egli pur sempre posto in essere una volizione autonoma confluita in atti decisionali-determinativi.

12. - Quanto al Segretario comunale, CC, nel sottolineare l'inconferenza delle deduzioni difensive appuntantesi sulla natura tecnico-consultiva della sua funzione, il Collegio rimarca l'importanza e l'autorevolezza del ruolo rivestito (funzionario pubblico, parte di un rapporto funzionale organico con l'ente) nonché dei compiti istituzionalmente assegnati al medesimo: di collaborazione; di assistenza giuridico-amministrativa in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo Statuto ed ai regolamenti; di consulenza; di verbalizzazione e di ufficiale rogante per tutti i contratti in cui il Comune è parte. Insomma fanno capo al Segretario comunale tutta una serie di compiti e di adempimenti che, lungi dal determinare un'area di deresponsabilizzazione del medesimo, lo impegnano invece ad un corretto svolgimento degli stessi, pena la sua soggezione in ragione del rapporto instaurato con l'Ente, all'azione di responsabilità amministrativa, ove di questa ricorrano (come nella specie) gli specifici presupposti.

Ricorda in particolare il Collegio, in adesione alla tesi della Procura, che il parere del Segretario comunale, specie negli enti di piccole dimensioni, come è nel caso in esame, riveste importanza dirimente nell'approvazione delle delibere, ove si consideri l'illegittimità di fondo di quelle delibere di attribuzione del compenso ad personam a personale dipendente in contrasto con la legge Merloni, illegittimità che doveva essere ben presente al CC, funzionario esperto di diritto e che comunque, come detto, era stata specificamente segnalata dall'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici.

In ordine alla funzione consultiva, il Collegio rammenta l'importanza che assume un parere proveniente da organo qualificato (pur se atto preparatorio ed ausiliario ed a contenuto non decisorio) atteso che detto parere funge da presupposto di diritto preordinato al corretto esercizio degli atti di amministrazione attiva e quindi influente sul procedimento di formazione degli stessi.

Inoltre, va considerato che, come già detto, il CC è intervenuto in prima persona, in quanto, come rappresentante dell'Ente, ha sottoscritto i contratti di diritto privato stipulati con l'architetto DD.

13. – Quanto all'elemento soggettivo della colpa grave, esso è ravvisabile in capo ai due suddetti BB e CC, ove si tenga presente che i medesimi, al di là della formulazione delle norme, hanno operato, come detto, in un quadro di reiterate illegittimità ed illiceità, avendo, tra l'altro, mutato in senso peggiorativo per il bilancio comunale, senza una plausibile motivazione ed in assenza di un qualche significativo fatto sopravvenuto, le modalità di retribuzione dell'arch. DD ed avendo ripetutamente ed ostinatamente perseverato in un atteggiamento chiaramente censurato con i pareri espressi da un organo autorevole e tecnicamente qualificato, quale l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici.

14. – Per quel che concerne la determinazione del danno, va anzitutto precisato che, quanto ai plurimi e diversi compensi che secondo la difesa dei convenuti sarebbero spettati al DD per le varie prestazioni da lui eseguite, gli stessi non possono essere riconosciuti, in quanto illegittimi, secondo la previsione della legge Merloni (vedasi sopra il punto 8) ed in quanto non contemplati nella specifica disciplina contrattuale (vedasi sopra punto 10). Peraltro di tali prestazioni, e del positivo risultato da esse conseguito, può essere riconosciuta l'*utilitas* a favore dell'amministrazione, ma in misura non eccedente il compenso spettante ai sensi del ricordato art. 18 della legge n. 109 del 1994.

Tanto precisato, il Collegio conclusivamente conviene con la prospettazione di parte attrice, secondo cui, a fronte del complessivo importo indebitamente liquidato al DD (euro 81.146,39) per prestazioni effettuate nel periodo 2003-2005 vanno detratti euro 15.894,65 corrispondenti all'incentivo correttamente attribuibile, con la conseguente quantificazione del differenziale importo risarcibile di euro 65.251,74.

Ai sensi dell'articolo 1, comma 1 *quater* della legge n. 20 del 1994 e successive

modificazioni, il Collegio quantifica la condanna dei convenuti de quibus, “*per la parte che vi hanno preso*”, in misura paritaria; essi andranno dunque a rifondere all’Erario comunale con obbligazione parziaria la somma di euro 32.625,87 (trentaduemila seicentoventicinquevirgola ottantasette) ciascuno, da assoggettarsi a maggiorazione, con rivalutazione monetaria dalla data del fatto (individuato nell’ultimo pagamento al professionista, avvenuto in data 7 ottobre 2005) al deposito della sentenza ed interessi legali da tale ultima data all’effettivo soddisfo.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vanno addebitate ai convenuti BB e CC.

Per il convenuto AA, assolto dall’addebito, il Collegio ritiene equa la rifusione delle spese legali nella misura, onnicomprensiva e forfettaria, di euro 1.500 (millecinquecento) per spese, diritti ed onorari, ai sensi dell’articolo 3, comma 2-*bis*, del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639 e dell’articolo 18, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, autenticamente interpretati dall’articolo 10-*bis*, comma 10, introdotto nel decreto legge 30 settembre 2005, n. 203 dalla legge di conversione 2 dicembre 2005, n. 248.

PER QUESTI MOTIVI

la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per le Marche, definitivamente pronunciando in composizione collegiale sul giudizio di responsabilità rubricato al n. 20707/R del Registro di Segreteria

CONDANNA

I convenuti BB Gianni e CC Vincenzo al risarcimento del danno cagionato al Comune di XCX, mediante il pagamento in favore del medesimo della somma complessiva di euro 65.251,74 (sessantacinquemiladuecentocinquantuno/74) ripartita per ciascuno in parti uguali in euro 32.625,87 (trentaduemilaseicentoventicinque/87), oltre a rivalutazione monetaria ed interessi legali, nei sensi di cui in motivazione.

Si liquidano in favore dello Stato le spese di giustizia - che seguono la soccombenza - nella misura di euro 937,15(novecentotrentasette/15)

ASSOLVE

Il convenuto AA Fiorangelo dall'addebito ascrittogli e liquida in suo favore, a titolo di rifusione delle spese di costituzione e difesa, la somma complessiva di euro 1.500 (millecinquecento) per spese, diritti ed onorari.

Così deciso ad Ancona, nelle Camere di Consiglio dei giorni 18 giugno e 2 luglio 2009.

IL GIUDICE ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to(Dott. ssa Elena TOMASSINI) F.to(Dott. Gabriele DE SANCTIS)

PUBBLICATA MEDIANTE DEPOSITO IN SEGRETERIA

IL 06/08/2009

IL DIRIGENTE

DIRETTORE DELLA SEGRETERIA

F.to(Dott.ssa A. Laura CARLONI)