

REPUBBLICA ITALIANA
CORTE DEI CONTI
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai Magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Antonio Caruso	Consigliere Relatore
dott. Angelo Ferraro	Consigliere
dott. Giancarlo Astegiano	I Referendario
dott. Massimo Valero	Referendario
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott.ssa Laura De Rentiis	Referendario

nella camera di consiglio del 27 aprile 2010

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, e ss.m.i.;

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

Vista la Legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota del 9 aprile 2010 con la quale il Sindaco del Comune di Colle Brianza (Lc) 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 con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per la camera di consiglio odierna per deliberare sulla richiesta proveniente dal Sindaco del Comune di Colle Brianza;

Udito il relatore, dott Antonio Caruso

FATTO

Con la nota indicata in epigrafe il Sindaco del Comune di Colle Brianza ha chiesto alla Sezione di rendere apposito parere in merito alla corretta applicazione dell' art.19,comma 2, del D.Legs. 163 del 2006, e in particolare chiede se tale articolo consente di conferire un incarico di consulenza al Politecnico di Milano-Dipartimento di Architettura e Pianificazione, per la redazione del Piano di Governo del Territorio e della Valutazione Ambientale Strategica (VAS).

IN VIA PRELIMINARE

Sull'ammissibilità della richiesta

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 nell'ambito 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.

Il primo punto da esaminare concerne la verifica in ordine alla circostanza se la richiesta proveniente dal Sindaco del Comune di Colle Brianza rientri nell'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7, comma ottavo, della legge 6 giugno 2003, n. 131, norma in forza della quale Regioni, Province e Comuni possono chiedere a dette Sezioni pareri in materia di contabilità pubblica nonché ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

In proposito, questa Sezione ha precisato, in più occasioni, che la funzione di cui al comma ottavo dell'art. 7 della legge n. 131/2003 si connota come facoltà conferita agli amministratori di Regioni, Comuni e Province di avvalersi di un organo neutrale e professionalmente qualificato per acquisire elementi necessari ad assicurare la legalità della loro attività amministrativa.

I pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nei procedimenti amministrativi degli enti territoriali consentendo, nelle tematiche

in relazione alle quali la collaborazione viene esercitata, scelte adeguate e ponderate nello svolgimento dei poteri che appartengono agli amministratori pubblici, restando peraltro esclusa qualsiasi forma di cogestione o coamministrazione con l'organo di controllo esterno (per tutte 11 febbraio 2009, n. 36).

Con specifico riferimento all'ambito di legittimazione soggettiva ed oggettiva degli enti in relazione all'attivazione di queste particolari forme di collaborazione, è ormai consolidato l'orientamento che vede nel caso del Comune, il Sindaco o, nel caso di atti di normazione, il Consiglio comunale quale organo che può proporre la richiesta.

Inoltre, è acquisito ed incontestato 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 e le Province possano, nel frattempo, chiedere direttamente i pareri alla Sezione regionale.

Ad oggi, precisamente, in attuazione della norma costituzionale da ultimo citata e dell'art. 54 dello Statuto d'autonomia della Lombardia, è stata emanata la legge regionale n. 22 del 2 ottobre 2009, recante disposizioni sulla "Disciplina del Consiglio delle Autonomie Locali della Lombardia". Le disposizioni finali di cui all'art. 14 di tale legge, tuttavia, rimandano il momento costitutivo ed il primo insediamento del CAL in seguito alle prime elezioni per il rinnovo del Consiglio Regionale successive alla sua entrata in vigore.

Riguardo al profilo oggettivo, limiti vanno stabiliti solo in negativo. In proposito deve essere posto in luce che la nozione di "contabilità pubblica" deve essere intesa nell'ampia accezione che emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di giurisdizione della Corte dei conti ed investe così tutte le ipotesi di spendita di denaro pubblico oltre che tutte le materie di bilanci pubblici, di procedimenti di entrata e di spesa, di contrattualistica che tradizionalmente e pacificamente rientrano nella nozione: d'altro canto la norma in discussione non fissa alcun limite alle richieste di altre forme di collaborazione.

In negativo, senza peraltro voler esaurire la casistica, va posta in luce l'inammissibilità di richieste che interferiscono con altre funzioni intestate alla Corte ed in particolare con l'attività giurisdizionale, che si risolvono in scelte gestionali, di esclusiva competenza degli amministratori degli enti, che attendano a giudizi in corso, che riguardino attività già svolte, dal momento che i pareri sono propedeutici all'esercizio dei poteri intestati agli

amministratori e dirigenti degli enti e non possono essere utilizzati per asseverare o contestare provvedimenti già adottati.

La richiesta di parere appare ammissibile sia sotto il profilo soggettivo, in quanto posto dall'organo rappresentativo dell'ente locale, il Sindaco, sia sotto quello oggettivo per l'attinenza alla materia di contabilità pubblica e in particolare al costo della politica che ha formato oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore nelle leggi finanziarie o in leggi collegate.

Alla luce della riscontrata presenza delle condizioni di ammissibilità, pertanto, tale richiesta può essere esaminata nel merito.

NEL MERITO

Il Sindaco del Comune di Colle Brianza ha chiesto alla Sezione di rendere apposito parere in merito alla corretta applicazione dell'art.19,comma 2, del D. Lgs. 163 del 2006, e in particolare chiede se tale articolo consente di conferire un incarico di consulenza al Politecnico di Milano - Dipartimento di Architettura e Pianificazione, per la redazione del Piano di Governo del Territorio e della Valutazione Ambientale Strategica (VAS).

Al riguardo questa Sezione ritiene di dover formulare le seguenti osservazioni.

1. Quadro normativo di riferimento: il regime derogatorio dei contratti dei servizi

L'art. 19 del Decreto Legislativo n. 163 del 2006 esclude dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici una serie di contratti di servizi positivamente determinati.

In particolare, la norma annovera nell'ambito dell'oggetto dei contratti esclusi:

- I contratti di servizi aventi per oggetto l'acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili ovvero riguardanti diritti su tali beni, quali che siano le relative modalità finanziarie. Si tratta di contratti aventi caratteristiche particolari per i quali l'applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici risulterebbe inappropriata;
- L'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi televisivi;
- I servizi di arbitrato e di conciliazione;
- I servizi finanziari;
- I contratti di lavoro;

- I servizi di ricerca e di sviluppo, diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente alla stazione appaltante, perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione.

Il successivo secondo comma specifica le condizioni dell'esenzione: in particolare la qualifica soggettiva ed i diritti esclusivi.

Oltre che trattarsi di un appalto pubblico di servizi, la norma di cui al secondo comma rende possibile l'esenzione per contratti di appalti di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, purché compatibili con il Trattato.

Affinché le norme del Codice possano essere disapplicate sulla base del disposto di cui sopra, conseguentemente, è necessario che:

- si tratti di un appalto pubblico di servizi;
- l'appaltante sia un ente aggiudicatore;
- l'appaltatore sia un'amministrazione aggiudicatrice;
- l'appalto sia aggiudicato sulla base di un diritto esclusivo di cui l'appaltatore beneficia;
- il diritto esclusivo di cui l'appaltatore beneficia sia previsto da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative compatibili con il Trattato.

Ne deriva necessariamente che:

1. l'elencazione dei requisiti imposti dalla disposizione della sottrazione di determinati appalti dall'area di applicazione del Codice è da ritenersi tassativa;
2. l'applicazione della disposizione in esame prescinde dall'esistenza di qualsivoglia rapporto interorganico tra l'appaltante e l'appaltatore che, come è noto, costituisce il fondamento dell'istituto dell'affidamento in house.

2. Incarichi esterni e appalti di servizi: stato della dottrina e della giurisprudenza amministrativa e contabile

La tematica del conferimento di incarichi a soggetti estranei alle amministrazioni, inizialmente confinata in poche disposizioni, quali l'art. 380 del D.P.R. n. 3 del 1957 e l'art. 51, comma 7 della legge sulle autonomie

locali del 1990, successivamente abrogate, è stata coinvolta negli ultimi anni da numerosi interventi di riforma.

Tutti gli interventi legislativi in materia di atti di spesa per incarichi di consulenza, studi, ricerche e collaborazione e le inderogabili regole di organizzazione, che normano i principi di elaborazione giurisprudenziale in ordine ai presupposti legittimanti, costituiscono esplicazione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità della P.A., cui viene ricondotta la buona e sana gestione della stessa, nonché dell'accesso al pubblico impiego mediante procedura concorsuale, di cui rispettivamente al 1 e al 3 comma dell'art. 97 cost.

Va preliminarmente ricordata la norma contenuta nell'art. 7, comma 6, del Decreto Legislativo n. 29 del 3 febbraio 1993, successivamente confluita nel nuovo testo dell'art. 7, comma 6, del decreto legislativo 30 aprile 2001, n.165, mentre per gli enti locali la norma di riferimento è il comma 6 dell'art. 110 del decreto legislativo n. 267 del 2000.

Tra gli interventi di riforma sopra accennati, un puntuale vincolo di spesa per studi ed incarichi esterni di consulenza è stato fissato, dapprima, nell'art. 1, comma 9, della legge n. 191 del 2004, di conversione del d.l. n. 168/04, colpito da declaratoria di illegittimità costituzionale del Giudice delle leggi con la sentenza n. 417 del 2005 nella parte in cui si riferiva alle Regioni ed agli enti locali per contrasto con la autonomia finanziaria di cui gli stessi beneficiano ai sensi dell'art. 119 cost. Ciò in quanto la legge statale può stabilire solo il limite complessivo della spesa da effettuare, senza recare, al contrario, indicazione alcuna delle singole voci di spesa sulle quali applicare le riduzioni puntualmente predeterminate.

Disposizioni ordinamentali analoghe, che rispondono alla medesima finalità perseguita dalla citata norma dichiarata incostituzionale, confermando il limite di spesa per il conferimento degli incarichi in parola, sono state successivamente riproposte con l'art. 1, commi 11 e 42, della legge n. 311 del 2004, la legge finanziaria per l'anno 2005, sulle quali le Sezioni Riunite della Corte dei conti in sede di controllo hanno approvato le "Linee di indirizzo ed i criteri interpretativi" con la deliberazione n. 6 del 2005.

Gli enunciati riportati in queste ultime, poi, per la loro portata generale, conservano validità interpretativa anche in ordine all'applicazione delle leggi finanziarie successive, in particolare la legge finanziaria 2006 (legge 23 dicembre 2005 n. 266).

Tale legge ha costituito un ulteriore provvedimento legislativo di riduzione della spesa corrente, quale è da ricondurre quella per incarichi di studio, ricerca e consulenza, imponendo tetti di spesa per le consulenze

nonché riduzioni alle relative “indennità, compensi, retribuzioni o altre utilità comunque denominate” ed un limite alla spesa annua per studi, relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e rappresentanza.

La legge finanziaria del 2008 (legge 24 dicembre 2007) ha, infine, fissato, all’art.3, commi da 54 a 57, 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.

Appena dopo l’entrata in vigore della legge finanziaria del 2008 è intervenuta la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, del 29.01.2008 n. 263 che ha fissato nettamente la linea di demarcazione tra incarichi esterni ed prestazioni di servizi.

In particolare, l’alto Consesso ha affermato che il conferimento di un incarico professionale di consulenza (nella fattispecie riguardante 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, prosegue il Consiglio di Stato, 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.

La posizione della magistratura amministrativa è stata ripresa anche dalla Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, con deliberazione del 14 marzo 2008, n. 6, ritenendo concettualmente distinto l’appalto di servizi dagli incarichi consulenziali, che rimangono soggetti alle disposizioni sopra menzionate, tra le quali l’art. 3, commi da 54 a 57, della legge finanziaria del 2008 (legge 24 dicembre 2007).

In tema di incarichi, la giurisprudenza in ciò seguita dal Dipartimento della Funzione Pubblica con Circolare n. 2 dell'11 marzo 2008, ha ritenuto prevalente l'art. 7, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001, in rapporto alle disposizioni del Decreto legislativo n. 163 del 2006, che riguardano l'affidamento degli appalti dei servizi. E ciò per due ragioni essenziali:

- a) l'applicazione del codice dei contratti agli affidamenti di incarichi potrebbe determinare l'elusione del requisito della "comprovata specializzazione universitaria" richiesto dalla norma (nell'appalto di servizi non è requisito essenziale);
- b) l'appalto di servizi ha ad oggetto la prestazione imprenditoriale di un risultato reso da un soggetto con organizzazione strutturata (locatio operarum), mentre l'incarico di consulenza è reso con prestazione prevalentemente personale (locatio operis).

La più aggiornata dottrina, così come più recenti pronunce giurisprudenziali (da ultimo Tar Lombardia n. 2477 del 18/12/2009) non hanno condiviso tali argomentazioni e conclusioni, riferendosi in particolare alla nozione più ampia di operatore economico che è entrata a far parte del nostro ordinamento attraverso le Direttive europee alla luce delle mutate condizioni di mercato.

In particolare, certe prestazioni professionali, che in passato venivano fornite da singoli professionisti, vengono sempre più offerte da organizzazioni complesse e strutturate, specie nell'ambito dei servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria, che sono stati normati a livello comunitario dalla Direttiva 92/50 e, poi, dalla Legge Merloni del 1994.

La questione, pertanto, rimane aperta e suscettibile di imprevedibili sviluppi.

3. Soluzione del quesito in esame

Nel caso specifico, si tratta di un'amministrazione pubblica – ente locale – che si rivolge ad un'altra amministrazione pubblica – il Politecnico di Milano – per l'affidamento di un incarico per la redazione del Piano di Governo del Territorio e della Valutazione Ambientale Strategica (VAS).

Ritiene la Sezione che, trattandosi di conferimento di incarico da parte di una persona pubblica ad un'altra persona pubblica, l'istituto giuridico più idoneo per tale operazione è quello degli accordi tra enti pubblici di cui all'art. 15 della legge n. 241 del 1990. Dispone la predetta norma che: " le

amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”.

In forza di tale previsione normativa l'accordo tra le amministrazioni interessate può considerarsi lo strumento più adatto a garantire una forma di coordinamento per il soddisfacimento del fine pubblico idoneo a comporre in un quadro unitario gli interessi di cui ciascuna amministrazione è portatrice.

Sulla base di tale considerazione risulta evidente la valenza generale rivestita dagli accordi organizzativi di cui al citato art.15, in forza del quale gli enti pubblici possono “sempre” utilizzare lo strumento convenzionale per concludere tra loro accordi organizzativi volti a disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

In tale quadro, la comunione di interessi che è alla base degli accordi di collaborazione tra amministrazioni previsti dall'art.15, l.7 agosto 1990 n. 241, rende inapplicabili, per la conclusione degli accordi stessi, le regole sulla scelta del contraente risultanti dalle norme sulla contabilità di Stato.

L'accordo che potrebbe intercorrere tra l'ente locale e l'Università non costituisce quindi evento elusivo delle regole dell'evidenza pubblica, in quanto l'economicità di un siffatto sistema convenzionale è pur sempre uno dei criteri che regolano l'azione amministrativa.

Deve quindi concludersi che, nel caso di specie, ricorrono i presupposti per il ricorso allo strumento convenzionale previsto dall'art.15 cit., per cui il mancato esperimento di procedure competitive non integra la violazione della normativa in materia di appalti pubblici di servizi.

Il Comune, pertanto, può ricorrere all'istituto del convenzionamento diretto (così come, del resto, da tempo agiscono in tal senso le Aziende Sanitarie Locali nonché le aziende ospedaliere), purché si tratti di interesse comune e purché sia comunque salvaguardata l'economicità della prestazione, intesa come rimborso dei costi.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Presidente
(Nicola Mastropasqua)

Il Relatore
(Cons. Antonio Caruso)

Depositata in Segreteria
il 16 giugno 2010
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)