

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DEI CONTI
Sezione giurisdizionale regionale
per l'Emilia-Romagna

composta dai seguenti magistrati:

dott. Massimo De Maria	Presidente
dott. Marco Pieroni	Consigliere relatore
dott. Francesco Maria Pagliara	Consigliere

Visto l'atto di citazione in data 21 aprile 2010;

Visti gli altri atti di causa;

Uditi nella pubblica udienza del 21 aprile 2010, con l'assistenza del Segretario dott.ssa Nicoletta Natalucci, il Consigliere relatore dott. Marco Pieroni, l'avv. Federico Gualandi, in difesa del geom. Roberto C, l'avv. Corrado Orienti, in difesa dei signori R Giuseppe, B Alberto, G Claudio, Z Raffaele, R Valentina e G Angelo, nonché il Pubblico ministero regionale nella persona del Vice Procuratore Generale dott. Ignazio del Castillo;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di responsabilità, iscritto al n. 42249, instaurato dal Procuratore regionale nei confronti dei signori C Roberto, nato a Modena il 23 maggio 1977, R Giuseppe, nato a Modena il 30 giugno 1968, B Alberto, nato a Modena il 17 luglio 1972, G Claudio, nato a XXX il 30 dicembre 1956, Z Raffaele, nato a Sant'Agata Bolognese il 12 marzo 1958, R Valentina, nata a Modena il 28 agosto 1983, e G Angelo, nato a Bologna il 15 marzo 1959.

Ritenuto in fatto

1. — Con atto di citazione n. 42249 del 9 dicembre 2009, la Procura regionale presso la

Sezione giurisdizionale per l'Emilia-Romagna ha citato i signori C Roberto, nato a Modena il 23 maggio 1977, R Giuseppe, nato a Modena il 30 giugno 1968, B Alberto, nato a Modena il 17 luglio 1972, G Claudio, nato a XXX il 30 dicembre 1956, Z Raffaele, nato a Sant'Agata Bolognese il 12 marzo 1958, R Valentina, nata a Modena il 28 agosto 1983, e G Angelo, nato a Bologna il 15 marzo 1959, per la condanna al pagamento in favore del Comune di XXX della somma complessiva di euro 143.426,38, ripartita fra gli stessi, come specificato in prosieguo, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria e spese di giudizio.

2. — In fatto, la Procura riferisce che, con denuncia del 25 maggio 2004, alcuni Consiglieri comunali segnalavano un danno erariale arrecato al Comune di XXX derivante dall'affidamento, con delibera n. 7 del 31 gennaio 2004, di un incarico professionale all'arch. Alfredo M per la redazione della progettazione definitiva ed esecutiva dell'edificio polifunzionale da realizzarsi sull'Area ex Teatro del Popolo, pur essendo il M in servizio presso il Comune in forza di un "contratto individuale di lavoro per l'incarico a tempo determinato delle funzioni di dirigente del Settore Urbanistica, edilizia privata, inquadrato nella categoria D3".

3. — Dall'istruttoria svolta, è emerso che l'arch. M iniziava il suo rapporto contrattuale con il Comune di XXX in data 23 giugno 1997, quando il Sindaco pro-tempore gli affidava (atto n. 5254), in base all'art. 51, comma 5-*bis*, della legge 8 giugno 1990, n. 142, poi confermato dall'art. 110 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, l'incarico a tempo determinato di Direzione dell'area tecnica VIII q.f.; con successivi affidamenti il rapporto contrattuale proseguiva nel tempo.

Con atto del Sindaco n. 15074 del 30 dicembre 1999, a cui seguì il contratto n. 364 del 3 gennaio 2000, gli veniva conferito l'incarico a tempo determinato di direzione dell'Area tecnica cat. D3: all'art. 1 del contratto venivano specificati i servizi posti sotto la direzione dello stesso M e, all'art. 2, tutti i poteri ad esso attribuiti nonché le mansioni proprie dell'incarico affidatigli,

fra cui “la redazione di progetti preliminari ed esecutivi di opere pubbliche attribuitigli con atti deliberativi”.

Con atto sindacale n. 11172 dell'11 ottobre 2001, veniva conferito allo stesso architetto, fino al 30 giugno 2004, l'incarico a tempo determinato di direzione del Servizio urbanistica, edilizia privata e progettazione interna, al fine di ridurre il ricorso ad incarichi esterni; il compenso previsto era determinato in nove milioni annui di lire da liquidarsi ogni mese, proporzionalmente, ed un ulteriore compenso per ogni incarico di progettazione da svolgersi fuori dell'orario di lavoro, “fino ad un massimo di 12 milioni di lire”.

Il conferimento dell'incarico contrattuale in scadenza veniva poi prorogato in data 11 dicembre 2004 fino al 31 gennaio 2005, in vista della costituzione, in forma associata con il Comune di XX, dello Sportello unico associato per l'edilizia e l'Urbanistica in cui sarebbe confluito il Settore urbanistica ed edilizia del Comune di XXX e la cui Direzione sarebbe stata affidata, come previsto dall'accordo tra i due Comuni, al Dirigente del Comune di XXX, cioè all'arch. M, che è quanto è avvenuto con la determinazione sindacale n. 32 del 29 gennaio 2005 e con la delibera della Giunta comunale n. 8 del 29 gennaio 2005, nell'ambito del rapporto contrattuale ex art. 110 TUEL, commi 1 e 2, in scadenza con il mandato elettivo del Sindaco.

3.1. — Con determinazione n. 17 del 17 gennaio 2003, il geom. G, in qualità di responsabile del Servizio manutenzioni, ambiente, lavori pubblici, conferiva, in relazione alla riqualificazione del centro storico, tre incarichi; all'arch. Alfredo M veniva assegnato l'incarico professionale per la progettazione preliminare dell'intervento di riqualificazione, con un compenso di euro 14.650,00.

In data 31 gennaio 2004, con deliberazione n. 7, la Giunta comunale provvedeva a conferire al M l'incarico professionale per la redazione del progetto definitivo ed esecutivo dell'edificio polifunzionale Area ex Teatro del Popolo, avendo lo stesso già redatto il progetto preliminare, con un compenso di euro 102.369,05, comprensivo di IVA e contributi

previdenziali.

In data 18 febbraio 2004, il geom. C, che dapprima aveva espresso parere favorevole alla deliberazione, in qualità di responsabile del Servizio lavori pubblici, stipulava con l'arch. M il contratto relativo all'affidamento dell'incarico di progettazione conferito dalla Giunta.

Con deliberazione della Giunta comunale n. 100, del 3 agosto 2005, veniva approvata una convenzione integrativa all'atto di conferimento, che aggiornava l'importo della parcella – già fissato con la convenzione del 18.02.2004 in 83.634,00 euro – in complessivi euro 99.204,59, oltre all'IVA e ai contributi previdenziali, a seguito del mutato importo dei lavori, derivante da fatti imprevedibili che rendevano necessarie variazioni progettuali (l'importo complessivo dei lavori da appaltare aumentava, passando dagli originari 1.789.896,00 euro a 2.541.215,00 euro). Dal momento che l'importo delle variazioni progettuali non superava il limite del quinto del corrispettivo previsto nella convenzione originaria, in virtù del combinato disposto dell'art. 25 della legge n. 109 del 1994 e dell'art. 7, comma 2, lett. e), del d.lgs. n. 157 del 1995, nonché dell'art. 11 della convenzione sottoscritta tra le parti, l'Amministrazione si avvaleva della facoltà di richiedere al progettista incaricato le variazioni e integrazioni progettuali resesi necessarie.

Inoltre, con deliberazione della Giunta comunale n. 151 del 14 dicembre 2005, veniva conferito all'arch. M l'incarico biennale di direzione dei lavori delle opere pubbliche di riqualificazione del Centro storico e di costruzione del Centro civico polifunzionale "Il Tornacanalè" e stabiliva, per la stessa ulteriore attività, una indennità di 20 mila euro annui in più, per un totale di 40 mila euro in due anni, da corrispondere allo stesso arch. M.

4. — Al termine dell'istruttoria, la Procura ritenendo: che il rapporto instaurato dal Comune con l'arch. M dovesse considerarsi di pubblico impiego (sussistendo gli indici rivelatori dello stesso, quali l'inserimento del dipendente nell'organizzazione comunale, la retribuzione determinata e un'attività continuativa nel tempo); che l'attività di progettazione e direzione dei lavori affidata al detto architetto potesse essere compensata solo con gli incentivi di cui all'art.

18 della legge quadro sui lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e non in base alla tariffa professionale; che, pertanto, il maggior compenso attribuito all'arch. M costituisse danno erariale, notificava un invito a dedurre: a) al geom. Manuela G, responsabile del servizio, che aveva conferito al M l'incarico della progettazione preliminare, b) al sindaco, c) ai componenti della Giunta, che avevano conferito allo stesso l'incarico della progettazione definitiva ed esecutiva e, con separata delibera, la direzione dei lavori, d) al geom. Roberto C, responsabile del servizio, che aveva espresso parere di regolarità tecnica alla deliberazione di affidamento dell'incarico di progettazione in questione e stipulato il relativo contratto nonché e) ai revisori dei conti che avevano espresso un parere sulla legittimità dell'affidamento dell'incarico all'arch. M.

In esito all'invito a dedurre, la geom. G ha eccepito la prescrizione, eccezione ritenuta fondata dalla Procura, in quanto tutti i pagamenti relativi all'incarico da lei conferito sono avvenuti entro la fine dell'anno 2003.

I revisori dei conti hanno controdedotto sostenendo la legittimità dell'incarico conferito all'arch. M, con argomentazioni, secondo la Procura, inaccoglibili; ma considerato che il parere dagli stessi reso è intervenuto dopo il conferimento dell'incarico e non ha concorso a determinarlo, ogni loro responsabilità è stata esclusa dalla Procura.

L'istruttoria è stata quindi archiviata nei confronti della G e dei revisori dei conti, mentre per il Sindaco, i componenti della Giunta e il geom. C le controdeduzioni difensive non sono state ritenute convincenti dalla Procura.

5. — Il danno contestato, secondo la Procura, origina da un'erronea individuazione ed applicazione della normativa per il calcolo del compenso dovuto all'arch. M per la progettazione e direzione dei lavori della riqualificazione del centro storico di XXX affidategli con deliberazione della Giunta comunale n. 7 del 2004 (progettazione definitiva ed esecutiva) e con deliberazione n. 151 del 2005 (direzione lavori), che avrebbero dovuto essere retribuiti solo con i

compensi previsti dal citato art. 18 della legge n. 109 del 1994.

5.1. — Secondo la Procura (che richiama in proposito la sentenza n. 235/2009 della Sezione della Regione Marche della Corte dei conti), il contratto stipulato con l'arch. M presenta uno scostamento dal modello previsto dalle norme sull'ordinamento degli enti locali sopra indicate, in quanto il trattamento economico era sì quello previsto per i dipendenti degli enti locali, ma l'indennità *ad personam* non era determinata in una somma fissa, ma collegata, in parte, allo svolgimento di ulteriori attività di progettazione, il cui compenso non poteva comunque superare la somma di 12 milioni di lire annui. D'altro canto, secondo la Procura, la modalità di determinazione dell'indennità *ad personam* non potrebbe, comunque, condurre alla conclusione che l'attività prestata dall'arch. M presso il Comune di XXX possa qualificarsi come attività professionale.

Per le ragioni sopra riportate, la Procura sostiene che, nella specie, si versi in un'ipotesi di rapporto di pubblico impiego. D'altro canto, soggiunge la Procura, attribuire a detto rapporto natura di lavoro autonomo libero professionale contrasterebbe con le disposizioni della legge n. 109 del 1994, dato che l'art. 18, comma 2-*quater*, vieta esplicitamente "l'affidamento di attività di progettazione, direzione lavori, collaudo, indagine, attività di supporto a mezzo contratti a tempo determinato od altre procedure diversi da quelle previste" nella stessa legge. La Procura richiama anche l'art. 17 della stessa legge n. 109, secondo il quale le attività suddette devono essere retribuite in base alla tariffa professionale e i cui corrispettivi sono dichiarati minimi inderogabili, con previsione della nullità in caso di patto contrario.

Sicché, alla luce di tali considerazioni, l'attività di progettazione e di direzione lavori in questione doveva essere retribuita soltanto con il compenso previsto dall'art. 18 della legge n. 109 e non in base alla tariffa professionale.

5.2. — La Procura ravvisa, nel comportamento tenuto nella vicenda da parte dei convenuti componenti la Giunta comunale e dal geom. C, l'elemento del dolo, inteso come consapevole

violazione degli obblighi connessi al *munus publicum* esercitato o, quanto meno, la colpa grave.

Rileva la Procura che la possibilità del ricorso a professionalità esterne per la copertura temporanea di determinati posti è consentita solo in assenza di professionalità analoghe all'interno dell'ente. Ma ammesso pure che l'affidamento degli incarichi di progettazione fosse da retribuire in modo non precisato nel contratto stesso – prosegue la Procura –, gli incarichi non potevano, comunque, comportare un compenso annuo superiore a 12 milioni di lire e non consentivano, dunque, l'affidamento dell'incarico di progettazione definitiva ed esecutiva per un importo di molto superiore a quanto contrattualmente stabilito.

Orbene, secondo la Procura, i convenuti, per superare l'ostacolo frapposto dalla citata normativa ai fini della determinazione dell'incarico di progettazione definitiva, hanno considerato a parte il corrispettivo per la direzione dei lavori, il cui cumulo con il primo avrebbe superato la soglia dei 100 mila euro con la conseguente necessità del ricorso alla procedura concorsuale prevista dal d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554. Aggiunge la Procura che l'art. 27 della legge n. 109 del 1994 prevede che qualora le amministrazioni che hanno affidato all'esterno un incarico di progettazione non possano espletare con il proprio personale la direzione dei lavori, questa deve essere affidata a soggetti ben individuati dalla disposizione citata; sicché l'affidamento dei lavori al M poteva avvenire o considerando lo stesso quale dipendente dell'ente oppure come soggetto esterno incaricato della progettazione. Ma, prosegue la Procura, la direzione lavori, ove affidata al M, quale *intraneus* all'amministrazione, poteva essere compensata unicamente con gli incentivi ex art. 18 della legge n. 109 del 1994, mentre, se fosse stato considerato *extraneus*, l'incarico avrebbe dovuto essere conferito previo espletamento di una procedura concorsuale prevista per gli incarichi con importo superiore ai 100 mila euro.

5.3. — Secondo la Procura, il danno subito dal Comune di XXX per il maggior importo corrisposto all'arch. M per la progettazione definitiva ed esecutiva è costituito dall'intera somma

pagata a tale titolo, pari ad euro 121.429,37, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria, cui va aggiunto l'importo pagato per la direzione dei lavori, pari a 40 mila euro, oltre agli oneri riflessi pari ad euro 13.564,00, nonché agli interessi e alla rivalutazione monetaria. Dalla somma di tali importi, aggiunge la Procura, va detratto l'importo spettante come incentivo ai sensi dell'art. 18, pari ad euro 17.788,50 per la progettazione ed euro 15.247,29 per la direzione lavori. Ne consegue che il danno derivante dall'affidamento dell'incarico di progettazione, è quantificato dalla Procura, complessivamente, in euro 103.640,87, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria. Esso va ripartito, secondo la Procura, in parti uguali, con il vincolo di solidarietà, fra Sindaco, componenti della Giunta ed il geometra C, il quale non poteva ignorare le disposizioni della legge n. 109 del 1994 in materia di incarichi di progettazione per quanto attiene alla determinazione dell'importo stimato dell'appalto ed alle conseguenti procedure di affidamento nonché al divieto di corrispondere anticipazioni di prezzo. Il danno relativo ai maggiori oneri sostenuti dal Comune, prosegue la Procura, per la direzione dei lavori pari ad euro 38.316,71, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria, va ripartito in parti uguali, con il vincolo della solidarietà tra Sindaco e i componenti della Giunta.

5.4. — Secondo la Procura, costituisce altresì danno, da ripartirsi in parti uguali tra Sindaco e componenti della Giunta, la somma pagata per il parere legale richiesto dopo l'affidamento dell'incarico di progettazione all'arch. M pari ad euro 1.468,80, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria.

Infatti, il parere legale è stato richiesto al solo fine di disporre elementi giuridici che potessero essere rappresentati in sede di risposta all'interrogazione dei consiglieri comunali autori della denuncia alla Corte dei conti e non prima dell'affidamento dell'incarico al fine di valutare *a posteriori* la legittimità di un eventuale conferimento dell'incarico stesso, risultando, così, sostanzialmente inutile.

6. — Con memoria depositata in data 1° aprile, l'avv. Federico Gualandi, nell'interesse del

geom. Roberto C, ha chiesto, in via principale, di dichiarare il proprio assistito esente da responsabilità per difetto evidente degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa, sotto entrambi i profili oggettivo e soggettivo; in via subordinata, si richiede per il C di valutare le circostanze in atti, in particolare, il carattere meramente esecutivo degli atti del funzionario rispetto alle determinazioni assunte dall'organo politico, con proporzionale riduzione dell'entità del ristoro richiesto derivante dall'ipotetico danno eventualmente imputabile, riconducendone la misura ad equità in applicazione del potere riduttivo.

6.1. — La difesa del geom. C, dopo avere ripercorso la storia dei rapporti di collaborazione del Comune di XXX con l'arch. M, unitamente alla complessa vicenda di riorganizzazione del Comune medesimo, chiarisce che mentre i rapporti concernenti l'affidamento della progettazione preliminare e successivamente di quella definitiva ex art. 17, comma 1, lett. *d*), della legge n. 109 del 1994 sono riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 110, comma 6, del TUEL, quello relativo alla direzione lavori, si configura quale ampliamento degli specifici compiti elencati all'art. 2 del predetto contratto a tempo determinato affidato ai sensi dei commi 1 e 2 dello stesso art. 110 per la direzione dello Sportello urbanistica ed edilizia, affidato al M con contratto n. 11712 in data 11 ottobre 2001.

6.2. — Tanto premesso, la difesa del geom. C contesta la tesi della Procura secondo la quale, nella specie, si verserebbe in un'ipotesi di rapporto di lavoro (quella tra Comune e arch. M) alle dipendenze della pubblica amministrazione, dovendosi con ciò escludere sia il richiamo al principio di onnicomprensività del trattamento economico desumibile dall'art. 19 del d.P.R. 1 giugno 1979, n. 1991, concernente la disciplina del rapporto di lavoro del personale degli enti locali sia l'applicabilità dell'art. 18, comma *2-quater*, della legge n. 109 del 1994.

Difatti, secondo la difesa del C, non si versa, nella specie, né in un rapporto alle dipendenze del Comune né in un rapporto subordinato a tempo determinato, bensì in un'ipotesi peculiare atipica in cui prevale, comunque, l'esternalità che connota un'autonomia di rapporto di

natura, al più, para-subordinata, privo comunque dei caratteri dell'esclusività ed onnicomprensività. L'esclusione, nella specie, di tali caratteri, non è precluso dal conferimento di incarichi esterni (art. 110, comma 6, TUEL), quali quelli assegnati, legittimamente attribuibili anche al responsabile di un servizio del Comune (in base al contratto stipulato sulla base dei commi 1 e 2 del citato art. 110), in quanto non rientrante tra i dipendenti nella pianta organica dello stesso per i quali solo potrebbe trovare applicazione l'evocato art. 18 comma 1, quarto capoverso, della legge n. 109 del 1994.

Alla luce di queste considerazioni, secondo la difesa, deve ritenersi pienamente legittimo l'affidamento degli incarichi di progettazione definitiva ed esecutiva, poiché, ove resi al di fuori dei compiti istituzionali e dell'orario di servizio, consentono legittimamente al M di conservare la qualifica di libero professionista, cui ben può spettare una retribuzione calibrata sulle tariffe libero-professionali.

Per quanto riguarda la direzione lavori, con l'ampliamento dell'oggetto del precedente incarico già conferito in base ai commi 1 e 2 dell'art. 110, nulla potrebbe essere contestato a titolo di responsabilità per gli amministratori, trattandosi di un legittimo adeguamento del trattamento indennitario di cui all'art. 110, comma 3, del TUEL. In ogni caso, soggiunge la difesa del C, nulla in proposito può essere contestato al predetto, in quanto la direzione lavori fu deliberata unicamente della Giunta.

Conclusivamente, la difesa del C fa comunque rilevare che le tariffe professionali praticate sono state ridotte del 20% e dunque nessun danno può nella specie ritenersi contestabile, dato che comunque la prestazione è stata utilmente rivolta a vantaggio dell'Amministrazione che, diversamente operando, e cioè attraverso il ricorso ad altro professionista esterno, avrebbe dovuto corrispondere una somma non inferiore a quella pagata al M.

7. — Con memoria depositata, anch'essa, in data 1° aprile 2010, i convenuti R Giuseppe, B Alberto, G Claudio, Z Raffaele, R Valentina e G Angelo, assistiti dagli avv.ti Corrado Orienti

e Maria Elena Maratia, hanno chiesto, in via principale, il rigetto delle domande attoree poiché non fondate e, in via subordinata, di decurtare dalla eventuale liquidazione del danno le somme corrispondenti ai vantaggi comunque conseguiti per il Comune.

7.1. — Secondo i predetti convenuti, sarebbe, nella specie, insussistente la condotta illecita contestata, poiché il rapporto tra Comune di XXX e l'arch. M non sarebbe configurabile quale rapporto di pubblico impiego, non essendo stato il M inserito nei ruoli dell'organizzazione comunale con una procedura concorsuale; sicché, sussisterebbe un'ontologica diversità di detto rapporto di diritto pubblico (non configurabile nella specie) rispetto al contratto collaborativo con il Comune a tempo determinato di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 110 TUEL. Per la tipologia del rapporto in esame, ne discende sia l'inoperatività del principio di esclusività e delle norme sull'incompatibilità di impieghi e di incarichi di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 sia della disposizione contenuta nell'art. 18 della citata legge n. 109 del 1994, che costituisce eccezione al principio di onnicomprensività cui sono tenuti solo i dirigenti incardinati negli uffici del Comune.

Infatti, secondo i convenuti, l'attività di progettazione dell'Edificio polifunzionale sull'area ex Teatro del Popolo non poteva rientrare tra le attribuzioni che l'arch. M era chiamato a svolgere dal 2001, quale dirigente del Servizio Urbanistica ed edilizia del Comune, in quanto non connessa, né ricollegabile alle attività di ufficio e/o ad esse strumentali, accessorie o consequenziali affidate al M; per cui l'amministratore comunale in nessun modo avrebbe potuto esigere che lo stesso provvedesse, in forza dell'incarico dirigenziale, alla progettazione delle opere pubbliche, in quanto tale attività esorbitava dall'incarico contrattualmente conferito nel 2001, non rientrando tra i compiti istituzionali di ufficio precisati in contratto. L'incarico di progettazione dell'edificio polifunzionale sull'area del teatro del Popolo doveva inquadrarsi, piuttosto, come attività funzionale e preordinata alla realizzazione di un'opera pubblica, rientrante, come tale, nella competenza istituzionale del responsabile del Servizio lavori pubblici

(geom. G, dal 2001 al 2003; geom. C, dal 2003 a tutt'oggi); tant'è che detto incarico di progettazione era compreso, unitamente ad altri, nell'elenco degli incarichi professionali da conferire all'esterno. Poiché tale competente settore Lavori pubblici non disponeva al suo interno della figura professionale idonea allo svolgimento dell'incarico, l'Amministrazione ha dovuto necessariamente affidare all'esterno tale incarico, in osservanza del disposto di cui all'art. 17, comma 4, della legge n. 109 del 1994, che, appunto, prevede l'affidamento all'esterno della redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, in caso di carenza in organico di personale tecnico nelle stazioni appaltanti. L'incarico dell'opera pubblica in questione rientrava, infatti, nella categoria degli obiettivi determinati che, in forza dell'art. 110, comma 6, TUEL e delle autonome scelte organizzative statutarie e regolamentari dell'ente, il Comune può perseguire mediante collaborazioni esterne con professionisti incaricati.

Il soddisfacimento dell'esigenza preordinata alla realizzazione dell'opera pubblica, inserita nella programmazione dei lavori pubblici dell'ente locale, non risultava altrimenti assolvibile (vale a dire non assolvibile all'interno).

Avendo il Comune riscontrata l'oggettiva impossibilità di utilizzare risorse umane in organico, secondo la difesa, legittimamente ha utilizzato le possibilità consentite dall'ordinamento per conferire all'esterno l'attività di progettazione.

Del resto, aggiunge la difesa dei convenuti, la stessa Corte dei conti ha ribadito che in materia di prestazioni esterne i criteri da rispettare per considerare legittima la scelta sono i seguenti: 1) la rispondenza degli incarichi agli obiettivi dell'amministrazione conferente; 2) la specificità e temporaneità dell'incarico; 3) l'impossibilità di procurarsi le utilità all'interno della propria organizzazione; 4) l'esistenza di un'adeguata motivazione delle scelte; 5) la proporzione tra compensi ed utilità conseguite.

L'affidamento della progettazione dell'opera pubblica all'esterno, secondo la difesa, deve ritenersi pertanto avvenuta in modo legittimo, costituendo peraltro l'incarico professionale

all'esterno l'unico modo possibile di azione per l'Amministrazione comunale.

La difesa dei convenuti esclude, comunque, l'applicabilità nella specie del d.lgs. n. 157 del 1995, in quanto l'appalto era inferiore ai 200 mila euro. Piuttosto, secondo i convenuti, l'affidamento risultava soggetto alla disciplina allora prevista dalla legge n. 109 del 1994, art. 17, comma 12, che prevedeva la possibilità di affidamento diretto di incarichi professionali di progettazione di valore inferiore alla soglia di 100 mila euro.

Secondo la difesa, che contesta sul punto l'adombrata elusione attraverso un doloso frazionamento dell'esigenza di rispettare il d.P.R. n. 544 del 1999 (art. 62), non sarebbe corretto sommare al valore dei contratti per la progettazione quelli per la direzione lavori, tenuto conto del tenore dell'art. 17, commi 10 e 11; sicché il Comune ha correttamente proceduto attraverso l'affidamento di un incarico professionale diretto e fiduciario al M che, non risultando legato all'Ente comunale da un rapporto di pubblico impiego, doveva ritenersi affrancato dalle norme sull'incompatibilità.

D'altro canto, la possibilità di conferire incarichi ulteriori e distinti era espressamente prevista nel contratto a tempo determinato di conferimento dell'incarico dirigenziale, sul presupposto che venissero svolti al di fuori dell'orario di lavoro indicato.

7.2. — Per quanto poi riguarda l'affidamento dell'incarico di Direzione lavori, come si è visto, l'oggetto dell'incarico originario, in coerenza con il principio dello *ius variandi* vigente nell'ambito dell'autonomia negoziale, è stato ampliato con la deliberazione n. 151 del 4 dicembre 2005, integrando così gli obiettivi assegnati al responsabile del servizio anche nell'ambito del Piano esecutivo di gestione per gli esercizi 2005, 2006 e 2007. Peraltro, ad escludere la ritenuta violazione dell'art. 18 della legge n. 109 del 1994 – aggiunge la difesa dei convenuti – è proprio la configurazione dell'originario rapporto che legava l'architetto al Comune che non prevedeva detta prestazione (e cioè la Direzione lavori), con la conseguenza che essa non poteva essere esigibile nei confronti del M se non attraverso l'ampliamento

dell'oggetto del rapporto in essere con il Comune.

7.3. — In ordine al contestato danno per l'acquisizione del parere legale solo perché richiesto dopo l'affidamento dell'incarico di progettazione, la difesa dei convenuti ritiene che non possa escludersene in principio l'utilità qualora il parere sia funzionale allo svolgimento di compiti istituzionali, come nel caso in esame.

7.4. — Conclusivamente, secondo la difesa, deve, nella specie, ritenersi comunque insussistente il contestato danno per l'erario, dato che la prestazione è stata, comunque, effettuata con successo dietro la attribuzione di un corrispettivo ridotto rispetto agli importi previsti dalla tariffa professionale, con conseguente risparmio per il Comune.

7.5. — Da quanto esposto, secondo i convenuti, si evince una rispondenza della condotta degli amministratori alla vigente normativa rivolta alla sola finalità del miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico. Di qui la richiesta, in via principale, del rigetto della pretesa attorea con assoluzione dei convenuti.

7.6. — In via subordinata, la difesa chiede di considerare: a) i vantaggi comunque conseguiti dal Comune in considerazione della realizzazione dell'opera pubblica; b) l'avvenuta prescrizione della voce di danno connessa al primo mandato di pagamento, in data 9 marzo 2004, relativo alla progettazione definitiva, per l'importo di euro 20.196,00, in quanto l'invito a dedurre risulta notificato nel corso del mese di maggio 2009, vale a dire una volta scaduto il termine di prescrizione di cinque anni dall'avvenuto esborso (Corte conti, sez. giur. Campania n. 1581/2009; id., Basilicata n. 109/2009); c) le spese che l'Amministrazione avrebbe dovuto comunque sostenere a titolo di prestazione professionale per un importo pari a 11.023,00; d) il costo della polizza assicurativa che l'Amministrazione avrebbe dovuto sostenere in relazione all'incarico di progettazione svolto dal proprio dipendente da computarsi in via equitativa.

Inoltre, in ragione della diversa posizione del personale convenuto, si fa presente che: Z Raffaele è stato componente della Giunta comunale dal 16 giugno 1999 al 29 settembre 2004 e

risulta pertanto estraneo sia al conferimento dell'incarico integrativo della progettazione definitiva di cui alla deliberazione n. 100 del 3 agosto 2005, sia alle determinazioni assunte per l'istituzione dell'Ufficio direzione lavori e per l'integrazione contrattuale dei compiti assegnati al Dirigente dello Sportello unico per l'Urbanistica e l'edilizia di cui alla deliberazione della Giunta comunale n. 151 del 14 dicembre 2005; R Valentina è stata componente della Giunta comunale dal 30 ottobre 2004 al 7 giugno 2009 e risulta pertanto estranea al conferimento dell'incarico di progettazione definitiva di cui alla deliberazione della Giunta comunale n. 7 del 31 gennaio 2004; G Angelo è stato componente della Giunta comunale dal 4 gennaio 2005 all'1 aprile 2008 e risulta pertanto estraneo al conferimento dell'incarico di progettazione definitiva, di cui alla deliberazione della Giunta comunale n. 7 del 31 gennaio 2004.

Considerato in diritto

1. — Come esposto in narrativa, la Procura regionale chiede la condanna, a titolo di responsabilità amministrativa per danno erariale, della somma complessiva di euro 143.426,38 (oltre ad interessi e rivalutazione monetaria e spese di giudizio), da ripartire tra i convenuti, in qualità, R Giuseppe, di sindaco del Comune di XXX, B Alberto, G Claudio, Z Raffaele, R Valentina, G Angelo, di componenti della Giunta, per avere conferito all'arch. M l'incarico della progettazione definitiva ed esecutiva e, con separata delibera, la direzione dei lavori, nonché C Roberto, di responsabile del servizio lavori pubblici del Comune, per avere espresso parere di regolarità tecnica alla deliberazione di affidamento dell'incarico di progettazione in questione e stipulato il relativo contratto, al pagamento in favore del Comune di XXX.

La richiesta risarcitoria, secondo la prospettazione della Procura, origina da un'erronea individuazione ed applicazione della normativa per il calcolo del compenso dovuto all'arch. M per la progettazione e direzione dei lavori della riqualificazione del centro storico di XXX affidategli con deliberazione della Giunta comunale n. 7 del 2004 (progettazione definitiva ed esecutiva) e con deliberazione n. 151 del 2005 (direzione lavori), che avrebbero dovuto essere

retribuiti unicamente con i compensi previsti dal citato art. 18 della legge n. 109 del 1994 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie).

Ulteriore voce di danno, secondo la Procura, è costituita dalla somma pagata, pari ad euro 1.468,80, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria, dal Comune per procurarsi un parere legale ritenuto necessario al fine di acquisire elementi giuridici che potessero essere rappresentati in sede di risposta all'interrogazione dei consiglieri comunali autori della denuncia alla Corte dei conti.

1.2. — Oppongono i convenuti l'erroneità della tesi accusatoria della Procura, in quanto asseritamente fondata su un erroneo presupposto interpretativo della vigente normativa. Difatti, sussisterebbe un'ontologica diversità del rapporto di diritto pubblico (non configurabile nella specie) rispetto al contratto collaborativo con il Comune a tempo determinato di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 110 TUEL.

Per la peculiare tipologia di rapporto in esame, discende, secondo la difesa, sia l'inoperatività del principio di esclusività e delle norme sull'incompatibilità di impieghi e di incarichi di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 sia della disposizione contenuta nell'art. 18 della citata legge n. 109 del 1994, che costituisce eccezione al principio di onnicomprensività cui sono tenuti solo i dirigenti incardinati negli uffici del Comune.

Infatti, secondo i convenuti, l'attività di progettazione dell'Edificio polifunzionale sull'area ex Teatro del Popolo non poteva rientrare tra le attribuzioni che l'arch. M era chiamato a svolgere dal 2001, quale dirigente del Servizio Urbanistica ed edilizia del Comune, in quanto non connessa, né ricollegabile alle attività di ufficio e/o ad esse strumentali, accessorie o consequenziali affidate al M; per cui l'amministratore comunale in nessun modo avrebbe potuto esigere che lo stesso provvedesse, in forza dell'incarico dirigenziale, alla progettazione delle opere pubbliche, in quanto tale attività esorbitava dall'incarico contrattualmente conferito nel 2001, non rientrando tra i compiti istituzionali di ufficio precisati in contratto. L'incarico di

progettazione dell'edificio polifunzionale sull'area del teatro del Popolo doveva inquadrarsi, piuttosto, come attività funzionale e preordinata alla realizzazione di un'opera pubblica, rientrando, come tale, nella competenza istituzionale del responsabile del Servizio lavori pubblici (geom. G, dal 2001 al 2003; geom. C, dal 2003 "a tutt'oggi"); tant'è che detto incarico di progettazione era compreso, unitamente ad altri, nell'elenco degli incarichi professionali da conferire all'esterno. Poiché tale competente settore Lavori pubblici non disponeva al suo interno della figura professionale idonea allo svolgimento dell'incarico, l'Amministrazione si è trovata nella situazione di dover necessariamente affidare all'esterno tale incarico, in osservanza del disposto di cui all'art. 17, comma 4, della legge n. 109 del 1994, che, appunto, prevede l'affidamento all'esterno della redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, in caso di carenza in organico di personale tecnico nelle stazioni appaltanti. D'altro canto, prosegue la difesa dei convenuti, l'incarico dell'opera pubblica in questione rientrava nella categoria degli obiettivi determinati che, in forza dell'art. 110, comma 6, TUEL e delle autonome scelte organizzative statutarie e regolamentari dell'ente, il Comune può legittimamente perseguire mediante collaborazioni esterne con professionisti incaricati. Pertanto, avendo il Comune riscontrata l'oggettiva impossibilità di utilizzare risorse umane in organico, in piena conformità della vigente normativa, ha utilizzato le possibilità consentite dall'ordinamento per conferire all'esterno l'attività di progettazione.

Del resto, aggiunge la difesa dei convenuti, la stessa Corte dei conti, nella propria giurisprudenza, ha ribadito che in materia di prestazioni esterne i criteri da rispettare per considerare legittima la scelta sono i seguenti: 1) la rispondenza degli incarichi agli obiettivi dell'amministrazione conferente; 2) la specificità e temporaneità dell'incarico; 3) l'impossibilità di procurarsi le utilità all'interno della propria organizzazione; 4) l'esistenza di un'adeguata motivazione delle scelte; 5) la proporzione tra compensi ed utilità conseguite.

L'affidamento della progettazione dell'opera pubblica all'esterno, secondo la difesa, deve

ritenersi pertanto avvenuta in modo conforme a legge, costituendo peraltro l'incarico professionale all'esterno l'unico modo possibile di azione per l'Amministrazione comunale.

2. — Prima di passare alle considerazioni di merito, allo scopo di qualificare la natura giuridica del rapporto di lavoro tra l'incaricato ai sensi dell'art. 110, commi 1 e 2, del TUEL e il Comune di XXX, occorre, preliminarmente, inquadrare la disposizione citata nel vigente contesto ordinamentale.

2.1. — Com'è noto, in attuazione della legge delega legge 23 ottobre 1992, n. 421, il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, in relazione al profilo strutturale di disciplina del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, abbandonando, ad eccezione di taluni settori, il tradizionale regime pubblicistico, ha provveduto alla cosiddetta privatizzazione del pubblico impiego scegliendo la disciplina giuslavoristica di diritto privato (art. 2, comma 2), «ritenuta più idonea alla realizzazione delle esigenze di flessibilità nella gestione del personale sottese alla riforma» (v. Corte cost., sentenze n. 103/2007, e n. 313/1996). Questo processo ha investito anche il rapporto di impiego dei dirigenti (rapporto al quale va, nella sostanza, assimilato quello intercorso tra il Comune di XXX e il l'arch. M, cui sono stati conferiti, dal 1997, incarichi di direzione dell'area tecnica degli uffici comunali) e ha trovato completamento nelle innovazioni legislative introdotte negli anni 1997–1998 e, da ultimo, proprio nel 2010 (art. 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59 e decreti legislativi 31 marzo 1998, n. 80 e 29 ottobre 1998, n. 387, che hanno modificato, in più parti, il d.lgs. n. 29 del 1993, poi trasfuso nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e di recente modificato dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, in attuazione della legge delega 4 marzo 2009, n. 15).

La disciplina legislativa del lavoro dirigenziale – basato sul contratto di servizio su cui si innesta il rapporto di lavoro (o di impiego) negozialmente disciplinato – ha, così, determinato il definitivo passaggio da una concezione della dirigenza intesa come *status*, quale momento di sviluppo della carriera dei funzionari pubblici, ad una di tipo funzionale, rivolta cioè al

conseguimento di determinati obiettivi (artt. 4 e 14 del d.lgs.n. 165 del 2001), connotata dal principio della temporaneità degli incarichi connessi al rapporto di ufficio.

Ed è proprio nella disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali che si manifesta, con la massima intensità, la connessione tra pubblicità delle funzioni dell'amministrazione e carattere privatistico del rapporto individuale di lavoro: da un canto, mantiene centralità il "provvedimento" di conferimento dell'incarico (profilo pubblicistico del rapporto), dall'altro, è il contratto (profilo privatistico del rapporto), successivo al provvedimento, che definisce il trattamento economico, in coerenza con la disciplina dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati per le aree dirigenziali, e remunera tutte le funzioni ed i compiti attribuiti ai dirigenti (principio della onnicomprensività), nonché qualsiasi incarico ad essi conferito in ragione del loro ufficio (art. 24 del d.lgs. n. 165 del 2001).

Indubbiamente, nella nuova configurazione, non si rintraccia un unico modello di dirigenza sia per la stretta interconnessione tra organizzazione e dirigenza, per cui la diversa tipizzazione della prima, configura un diverso atteggiarsi della seconda sia per l'emergere di una legislazione settoriale, qual è, ad esempio, quella delle Regioni e degli enti locali disciplinata dall'art. 27 dello stesso d.lgs. n. 165 del 2001, il quale prevede che "Le regioni a statuto ordinario, nell'esercizio della propria potestà statutaria, legislativa e regolamentare [...], adeguano ai principi dell'articolo 4 e del presente capo i propri ordinamenti, tenendo conto delle relative peculiarità".

Nel vigente assetto che disciplina la dirigenza, sono, inoltre, riscontrabili diverse tipologie di incarichi dirigenziali, tra le quali, ai fini che qui interessano, quella riguardante soggetti non necessariamente appartenenti ai ruoli dell'amministrazione, ma anche, nei limiti di una ridotta percentuale dei posti in organico, prestatori di lavoro esterni all'amministrazione stessa, i quali una volta investiti dell'incarico, ricoprono a pieno titolo il posto in organico dell'amministrazione presso la quale prestano servizio. Ne discende che, per questi soggetti, non

solo è indubbia la sussistenza del rapporto di servizio che li pone in grado di partecipare all'attività della pubblica amministrazione alla quale appartengono ma è altresì evidente, sulla base dell'intervenuta privatizzazione del "pubblico impiego", che il rapporto di lavoro che lega gli "esterni" alla amministrazione pubblica è ontologicamente omogeneo a quello del personale di ruolo, dato che, in base alla disciplina negoziale collettiva che costituisce la fonte regolatrice del rapporto di impiego, anche questi soggetti, non diversamente da quelli di "ruolo", sono tenuti ad effettuare una prestazione lavorativa connotata dai caratteri della professionalità, continuità ed esclusività, con predeterminazione dell'orario di lavoro, a fronte di una retribuzione determinata e onnicomprensiva.

E' inoltre noto che, dopo la riforma dell'art. 123 Cost., la Corte costituzionale (sentenze n. 188 del 2007e n. 233 del 2006) ha avuto modo di riconoscere come la materia dell'organizzazione amministrativa della Regione sia attribuita alla competenza residuale delle Regioni, da esercitare, peraltro, nel rispetto dei «principi fondamentali di organizzazione e funzionamento» fissati negli statuti.

Tuttavia, attualmente, il "regime" che fa da sfondo alla contrattazione dell'area II, ricomprensiva delle Regioni e delle autonomie locale, rimane ancora quello ministeriale (area I) e da esso sussume caratteri omogenei.

2.1. — In sintonia rispetto al delineato quadro ordinamentale (e in linea di continuità con quanto disponeva l'art. 51, comma 5-*bis*, della legge 8 giugno 1990, n. 142), si colloca la modalità di assunzione disciplinata dall'art. 110 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, 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.

Tale articolo 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, riscontrabile nella specie, dato che l'art. 51 dello statuto del Comune di XXX (approvato con deliberazione consiliare n. 45 del 12 giugno 1991 e successive modificazioni) nonché l'art. 10 del regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi comunali (approvato con deliberazione della Giunta del 15 luglio 1998) prevedono un'apposita disciplina degli "incarichi a tempo determinato".

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 collettivi 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.

La disciplina configurata in quest'ultima disposizione presenta evidenti assonanze con l'art. 24 del d.lgs. n. 165 del 2001, nel senso del richiamo, *per relationem*, del trattamento economico come disciplinato nei vigenti contratti collettivi nazionali di lavoro concernenti la dirigenza dell'area II (si vedano i Ccnl relativi al comparto Regioni ed autonomie locali, quadriennio normativo 1998/2001 e bienni economici 1998/99 e 2000/01, nonché quadriennio normativo 2002/2005 e bienni economici 2002/03 e 2004/05) e del principio dell'onnicomprendività, dato che l'indennità *ad personam*, commisurata alla specifica qualificazione professionale e culturale, vale a remunerare non la quantità del lavoro prestato ma il livello qualitativo dello stesso. Dal che discende, salvo espressa previsione ad opera dei contratti collettivi nazionali di lavoro (invero non rintracciabile in quelli riguardanti l'area II nel periodo nel quale sono stati stipulati i contratti ex art. 110 cit. tra il Comune di XXX e l'arch. M e neppure in quelli vigenti), che, nel caso di svolgimento da parte di uno stesso dirigente di più incarichi, ad esempio per la copertura *ad interim* di un ufficio momentaneamente privo del titolare, non è allo stato consentita la spettanza di più indennità commisurate *singulatim* a remunerare ognuno di essi.

2.2. — Sempre ai fini di ricostruire il quadro ordinamentale entro il quale ricondurre la fattispecie in esame, occorre ricordare i limiti normativi entro i quali l'affidamento di incarichi esterni può considerarsi legittimo.

La norma generale in tema di incarichi conferiti dalle pubbliche amministrazioni a soggetti esterni è contenuta nell'art. 7, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi del quale: “per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di provata competenza, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione”.

A sua volta, l'art. 110, comma 6, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (in linea di continuità con

il previgente art. 51, comma 7, della legge n. 142/1990), prevede che “per obiettivi determinati e con convenzioni a termine, il regolamento [sull’ordinamento degli uffici e dei servizi] può prevedere collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità”.

Come è noto, poiché il conferimento di incarichi professionali da parte delle pubbliche amministrazioni costituisce una problematica ricorrente, la giurisprudenza di questa Corte ha delineato un orientamento che può dirsi oramai consolidato.

Tenuto conto delle sempre più pressanti esigenze di contenimento della spesa pubblica, specie di quella corrente, un punto fermo è costituito dal carattere straordinario del ricorso ad apporti esterni: la pubblica amministrazione, di norma, è tenuta a perseguire i fini istituzionali utilizzando il proprio personale, talché l’incarico esterno è consentito solo qualora non sia ragionevolmente possibile provvedere con personale interno, o perché l’attività che deve essere svolta richiede un apporto professionale particolarmente elevato sotto il profilo tecnico-scientifico, oppure perché sussista una oggettiva, oltre che transitoria e contingente, impossibilità del personale in organico a provvedervi. Con il che un protrarsi nel tempo di un incarico esterno di consulenza, non può che confliggere con il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione, poiché, diversamente, assumerebbe i caratteri propri di un rapporto lavorativo “parallelo” a quello dei dipendenti di ruolo, modello non in sintonia con il delineato quadro ordinamentale.

In materia di consulenze, i criteri da rispettare per considerare legittima la scelta sono: 1) l’effettiva rispondenza degli incarichi agli obiettivi dell’amministrazione conferente; 2) la specificità e temporaneità dell’incarico; 3) l’impossibilità di procurarsi le utilità all’interno della propria organizzazione; 4) l’esistenza di un’adeguata motivazione delle scelte; 5) la proporzione fra compensi ed utilità conseguite (Corte conti, sez. III appello, 277 del 2002; Sez. riunite in sede di controllo n. 46/CONTR/05; Sez. regionale di controllo per la Campania n. 28/2008; Atorità di vigilanza sui lavori pubblici, determinazione n. 21/2000).

Per la risoluzione del caso in esame, particolare rilevanza assume proprio il citato punto 3 e cioè l'impossibilità, per l'amministrazione pubblica, di procurarsi le utilità all'interno della propria organizzazione, condizione che lo stesso art. 10, comma 1, ultimo periodo, del regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi comunali 15 luglio 1998, n. 160 espressamente evidenziava, laddove in esso si afferma che "presupposto per l'effettiva applicazione di tale facoltà è l'assenza di analoghe professionalità all'interno dell'ente". Ne discende che contrasta, all'evidenza, con la vigente normativa e con i principi di razionale organizzazione di una pubblica amministrazione, che deve essere informata ai canoni dell'economicità e della buona gestione del pubblico denaro, incaricare un *intraeus* per lo svolgimento di un incarico esterno.

In effetti, l'omessa adeguata predeterminazione delle sfere di competenza degli uffici e le connesse responsabilità proprie dei funzionari, comporta la violazione dei più elementari principi organizzativi ai quali le amministrazioni pubbliche sono chiamate a conformare i rispettivi ordinamenti per assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione (Corte cost. n. 14/1962) e dunque per raggiungere una razionale, predeterminata e stabile distribuzione di compiti, per un esercizio dell'azione amministrativa ispirata ai canoni dell'efficacia, efficienza ed economicità.

Sicché confligge con i predetti criteri di razionalità ed economicità, corollari del principio di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), perimetrare in modo angusto, sì da frazionare in modo irrazionale le competenze degli uffici di un'amministrazione pubblica, nella specie di un Comune, con la riserva, via via, di introdurre ulteriori ambiti competenziali, comunque logicamente inerenti all'attività di istituzionale dell'ente, asseritamente conferibili attraverso la stipula di contratti *ad hoc* a tempo determinato (art. 110, commi 1, 2 e 3, cit.) allo stesso titolare dell'ufficio, da remunerare con apposite indennità *ad personam*; tale prassi, che fa leva su un mal concepito *ius variandi* dell'amministrazione, determina una violazione dei sopra

ricordati principi del buon andamento della pubblica amministrazione e dell'onnicomprendività della remunerazione. Altrettanto vale per le ipotesi di attribuzione di incarichi di collaborazione esterna dietro pagamento di compensi stabiliti sulla base di tariffe professionali (art. 110, comma 6, cit.) aventi ad oggetto attività che ben potrebbero essere fronteggiate con le professionalità del personale già in servizio presso l'Amministrazione.

E' evidente che in questi casi, in astratto, qualora sussista danno erariale, non possono ritenersi immuni da responsabilità amministrativa i titolari di quegli organi dell'amministrazione pubblica che, configurando in modo irrazionale, oltre che irragionevole, l'organizzazione (nella specie) di un Comune (o comunque di una pubblica amministrazione), sotto il profilo causale, cagionano o concorrono a cagionare la produzione di un danno.

2.3. — Alla luce delle considerazioni svolte, cade il principale argomento su cui si incentra la difesa dei convenuti circa l'erroneità della tesi accusatoria della Procura in quanto asseritamente fondata su di un erroneo presupposto interpretativo della vigente normativa.

Come sopra evidenziato, i caratteri dell'incarico dirigenziale ex art. 110, commi 1 e 2, TUEL sono omogenei rispetto a quelli conferiti ai dirigenti di "ruolo"; sicché i primi, come i secondi, sono a pieno titolo "intranei" all'amministrazione comunale, con la conseguenza che anche per essi vale il principio della onnicomprensività e per l'amministrazione il divieto di attribuire incarichi esterni a soggetti interni alla medesima amministrazione in possesso delle professionalità richieste.

Da ciò discende che la retribuzione da corrispondere al M per la progettazione e direzione dei lavori della riqualificazione del centro storico di XXX affidategli con deliberazione della Giunta comunale n. 7 del 2004 (progettazione definitiva ed esecutiva) non poteva essere remunerata a tariffa professionale bensì in base all'art. 18 "Incentivi e spese per la progettazione" della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

2.3.1. — Si tratta di un meccanismo retributivo che prevede la ripartizione dell'aliquota

massima dell'1,5% (elevato al 2% per gli enti locali dall'articolo 3, comma 29, legge n. 350 del 2003) 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 collettiva e dal regolamento dell'ente (nella specie approvato con delibera n. 79 del 21 marzo 1998 della Giunta Comunale di XXX). Detto regolamento comunale, all'art. 2, comma 2, prevede, appunto, che la redazione di un progetto di particolare complessità, può essere affidata "all'esterno", previa debita attestazione del Dirigente competente, alla sola condizione che detta redazione progettuale non possa essere realizzata avvalendosi delle "professionalità presenti nell'ente".

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 intesa a valorizzare le professionalità di cui si dispone e a contenere gli eccessi della lievitazione della spesa corrente per consulenze esterne e, dall'altro, di prevedere una remunerazione aggiuntiva, comunque predeterminata quanto al limite massimo.

2.3.2. — Tanto premesso, in effetti, l'incardinamento del M nell'organizzazione comunale, in quanto legato ad essa da contratto ex art. 110, commi 1 e 2, TUEL, poteva consentire sì lo svolgimento della progettazione in questione, ma da retribuire non con indennità *ad personam* parametrata alla tariffa professionale, bensì unicamente in base alla incentivazione disciplinata dall'art. 18 della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

Del resto, la *ratio* del divieto di conferire incarichi libero-professionali ai dipendenti pubblici, al di fuori delle ipotesi espressamente previste, discende sia dal più volte citato principio di onnicomprensività della retribuzione sia da quello di esclusività che li lega all'ente datore di lavoro, e consiste nell'evitare commistioni di qualsiasi tipo tra interessi pubblici e privati che potrebbero minare il principio costituzionale di imparzialità dell'azione amministrativa, con

incompatibilità logica, prima che giuridica, tra lo svolgimento della libera professione ed il rapporto di impiego con una pubblica amministrazione.

2.3.3. — Da ciò discende, in accoglimento della tesi accusatoria, la sussistenza del danno al Comune di XXX per la maggior spesa da esso sostenuta pari alla differenza tra la remunerazione corrisposta al M sulla base delle tariffe professionali e quella ad esso spettante sulla base dell'applicazione del citato meccanismo di incentivazione ricavabile dall'art. 18 della legge n. 109 del 1994.

3. — Anche l'ipotesi di danno derivante dalla corresponsione al M dell'indennità *ad personam*, pari a complessivi 40 mila euro in due anni, stabilita con deliberazione n. 151 del 2005 per lo svolgimento dell'incarico biennale di direzione dei lavori delle opere pubbliche di riqualificazione del Centro storico e di costruzione del Centro civico polifunzionale "Il Tornacanalè" ha fondamento.

Come si è visto, a differenza dell'incarico professionale per la redazione del progetto definitivo ed esecutivo dell'edificio polifunzionale Area ex Teatro del Popolo, conferito all'arch. M in base all'art. 110, comma 6, TUEL, la direzione lavori delle citate opere pubbliche si fonda sul conferimento dell'incarico in base ai commi 1 e 2 del medesimo art. 110.

A tal riguardo, va anzitutto evidenziato che l'arch. M in un arco temporale prolungato nel tempo (dal 1997), risulta (irrazionalmente) legato al Comune di XXX sulla base di contratti a tempo determinato stipulati ai sensi dei citati commi 1 e 2 dell'art. 110 TUEL per la direzione fino all'11 ottobre 2001 dell'"Area tecnica", negli anni 2001 -2002 del "Settore urbanistica ed edilizia privata" e dal 2003 dello "Sportello unico urbanistica ed edilizia privata". Sicché, con la citata deliberazione n. 151 del 2005, si è inteso attribuire un ulteriore incarico al M e remunerarlo con una indennità di 20 mila euro per due anni.

Per le ragioni sopra illustrate al punto 2.1., il funzionario arch. Mazzuca non aveva alcun diritto a percepire un distinto compenso di posizione per ognuno dei servizi assegnati (Cass. civ.,

sez. lav., n. 23696/2008), dato che la retribuzione prevista dal comma 3 dello stesso art. 110 è connotata dal principio della onnicomprensività. Piuttosto, tale incarico di direzione lavori avrebbe potuto anch'esso trovare remunerazione unicamente attraverso i compensi previsti dal citato art. 18 della legge n. 109 del 1994.

Ne discende, anche in questo caso, che il danno per il Comune è pari alla differenza delle corrisposte indennità *ad personam* e la minor retribuzione che sarebbe spettata al M ai sensi del predetto art. 18 della legge n. 109 del 1994.

3.1. — Con riferimento alla voce di danno connessa al primo mandato di pagamento, recante data 9 marzo 2004, relativo alla progettazione definitiva, per l'importo di euro 20.196,00, deve essere rigettata l'eccezione di prescrizione dell'azione di responsabilità amministrativa – formulata dalla difesa dei convenuti R Giuseppe, B Alberto, G Claudio, Z Raffaele, R Valentina e G Angelo –, in quanto l'invito a dedurre risulterebbe essere stato notificato nel corso del mese di maggio 2009, vale a dire una volta scaduto il termine di prescrizione di cinque anni dall'avvenuto esborso a favore dell'arch. M della predetta somma di euro 20.196,00, corrisposta a titolo di anticipazione della parcella relativa all'incarico esterno allo stesso conferito in base all'art. 110, comma 6, cit.

Infatti, al riguardo, va in primo luogo ricordato che in base all'art. 5, comma 1, del decreto-legge 28 marzo 1997, n. 79, convertito, con modificazioni dalla legge 28 maggio 1997, n. 140, "E' fatto divieto alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, ed agli enti pubblici economici di concedere, in qualsiasi forma, anticipazioni del prezzo in materia di contratti di appalto di lavori, di forniture e di servizi, con esclusione dei contratti già aggiudicati alla data di entrata in vigore del presente decreto e di quelli riguardanti attività oggetto di cofinanziamento da parte dell'Unione europea. Sono abrogate tutte le disposizioni, anche di carattere speciale, in contrasto con quelle di cui al presente comma".

Sotto il profilo dell'*exordium prescriptionis*, tale disposizione costituisce conferma dell'orientamento della Corte secondo il quale il *dies a quo* decorre dopo che l'appalto di servizi abbia formato oggetto della positiva valutazione da parte della stazione appaltante, condizione alla quale è subordinato il legittimo pagamento della parcella (Corte conti, sez. giur Lazio n. 2083/2005).

Difatti, secondo la giurisprudenza della Corte dei conti (Sez. riun. n. 2/2003; sez. giur. Toscana n. 792/2005), il collaudo (*probatio operis*) è l'operazione mediante la quale si verifica e si certifica la buona esecuzione dell'opera e costituisce il momento procedimentale attraverso il quale l'amministrazione esprime sostanzialmente l'accettazione dell'opera, rendendo definitiva la liquidazione del credito dell'appaltatore e quindi certo ed attuale il danno; con il che è, comunque, da escludere che il momento della maturazione dei c.d. anticipi sul corrispettivo pattuito spettante all'appaltatore possano segnare il *dies a quo* da cui comincia a decorrere la prescrizione dell'azione di danno a titolo di responsabilità amministrativa.

3.2. — Neppure può accogliersi la richiesta, formulata dalla stessa difesa dei convenuti R Giuseppe, B Alberto, G Claudio, Z Raffaele, R Valentina e G Angelo, secondo cui sarebbe scomputabile dal danno, come quantificato dalla Procura, la somma di euro 11.023,00, corrisposta all'arch. M a titolo di "spese e oneri accessori (vedi giustificativo allegato); parcella professionale (d.m. 4 aprile 2001) datata Modena aprile 2005" – (all. 13 alla memoria difensiva) –, in quanto la difesa, disattendendo il principio dell'onere della prova, ha ommesso di versare in atti la pertinente documentazione necessaria per potere consentire una valutazione della tipologia di oneri che (asseritamente) l'Amministrazione comunale avrebbe, comunque, dovuto sostenere per la realizzazione della progettazione e dunque (eventualmente) da scomputare dal danno come quantificato dalla Procura.

4. — Ulteriore voce di danno sarebbe costituita, secondo la Procura, dalla somma pagata dal Comune di XXX per il parere legale richiesto dai convenuti dopo l'affidamento dell'incarico

di progettazione all'arch. M pari ad euro 1.468,80, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria.

Non si vuole qui contestare, in via di principio, la facoltà di acquisizione di pareri o consulenze per lo svolgimento di compiti istituzionali.

Ma la questione sollevata dalla Procura riguarda, a ben vedere, l'utilità in concreto della spesa effettuata dal Comune, dato che la consulenza è stata richiesta dopo e non prima dell'affidamento dell'incarico al M e dunque in un momento in cui il parere stesso era privo di utilità con riferimento all'atto gestorio posto in essere dai convenuti; sicché il richiesto parere ineriva propriamente alla legittimità di incarichi già conferiti, non invece all'esigenza di raccogliere informazioni per formulare una risposta ai consiglieri interroganti relativamente ad un'attività ancora da svolgere o comunque rispetto a profili della gestione di cui i convenuti non fossero già avveduti.

Anche per questo profilo, l'ipotesi di danno prospettata dalla Procura è fondata, in quanto, nella specie, non può all'evidenza superarsi il rilievo che l'attività consultiva, tanto più se onerosa, in ossequio ai principi di economicità, efficienza efficacia e legalità, deve sempre precedere l'attività gestionale, con la conseguenza che la predetta spesa per consulenza richiesta *ex post* non può che ritenersi *inutiliter data*.

5. — Quanto precede vale a dimostrare tanto la sussistenza del danno quanto, all'evidenza, un nesso di riconducibilità (nesso casuale) dello stesso al comportamento dei convenuti, tutti legati, come si è visto da un rapporto di servizio con il Comune di XXX.

6. — Passando all'esame della sussistenza, nella specie, dell'addebitabilità della condotta dei convenuti, quanto meno a titolo di colpa grave, occorre stabilire se sia fondata la tesi accusatoria circa la sussistenza negli agenti di un'ipotesi di dolosa preordinazione intesa ad aggirare la vigente normativa a vantaggio della scelta della prestazione professionale dell'arch. M, anche in relazione allo scopo di operare un intenzionale frazionamento degli importi dei servizi dallo stesso prestati per sfuggire alla disciplina che impone, oltre determinate soglie di

valore (100 mila euro), la necessità del ricorso alla procedura concorsuale prevista dal d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (art. 62).

In effetti, come si desume da quanto esposto in narrativa, il mutato importo dei lavori, che poi ha dato luogo all'incremento del corrispettivo dovuto all'arch. M, è derivata, come si desume dalla deliberazione della Giunta comunale n. 100, del 3 agosto 2005, in un momento successivo alla delibera n. 7 del 2004, da fatti imprevedibili che resero necessarie variazioni progettuali.

Ma non è questo l'argomento portato dalla Procura per ravvisare, nella specie, l'elemento del dolo. Difatti, sul punto, il pubblico ministero rileva che "ai fini della determinazione del valore dell'incarico, Sindaco e Giunta non hanno [...] considerato (come imposto dall'art. 17, comma 11-*bis* – *recte*, 12-*bis* –, della legge n. 109/1994) il corrispettivo per la direzione lavori, il cui compenso avrebbe fatto lievitare l'importo dell'incarico ben oltre la soglia dei 100.000 euro, con conseguente necessità della procedura concorsuale prevista dal regolamento n. 554/1999". Difatti – prosegue la Procura – "era già evidente l'intenzione di affidare allo stesso M la direzione dei lavori, intenzione poi tradotta in atto con la deliberazione n. 151/2005".

6.1. — Occorre, al riguardo, considerare che il danno cagionato all'erario comunale discende non tanto dalla violazione delle norme sul frazionamento del valore di una prestazione per eludere la procedura concorsuale per l'affidamento del servizio quanto, piuttosto, dalla violazione delle sopra ricordate disposizioni che pongono il divieto per i dipendenti del Comune di essere destinatari di "incarichi esterni" ai sensi dell'art. 110, comma 6, del TUEL e per quelli interni (incaricati ai sensi dell'art. 110, commi 1, 2 e 3, TUEL) di beneficiare di un compenso aggiuntivo per ogni incarico ulteriore ad essi affidato, in considerazione della vigenza del principio dell'onnicomprendività della retribuzione spettante ai dipendenti pubblici in virtù delle vigenti norme contrattuali e dell'art. 24 del d.lgs. n. 165 del 2006 e successive modificazioni; pertanto, le prestazioni rese dal M avrebbero potuto essere remunerate unicamente con i

compensi disciplinati dall'art. 18 della legge n. 109 del 1994; sicché il danno consiste nella differenza tra gli emolumenti corrisposti al M e quelli ai quali, diversamente, egli avrebbe avuto legittimamente titolo.

Orbene, indubbiamente, nel sopra delineato contesto comportamentale degli odierni convenuti non può non ravvisarsi una grave inosservanza del quadro complessivo di tutte le regole procedurali che disciplinano i compensi per lo svolgimento delle attività conferite all'arch. M; ne consegue la sussistenza, nella specie, dei presupposti per ritenere la gravità del colpa imputabile ai convenuti, sia pure con gradazione di responsabilità diverse, per la violazione della vigente normativa sul conferimento degli incarichi come dianzi ricostruita.

Infatti, non può che essere imputabile a colpa grave qualificare il conferimento dell'incarico all'arch. M della direzione degli uffici dell'area tecnica del Comune di XXX come inidonea a configurare un rapporto di impiego, dato che esso, come si è visto presenta caratteristiche del tutto omogenee a quelle che legano dipendenti di "ruolo" all'amministrazione comunale; per entrambi i rapporti, dopo la privatizzazione del c.d. "pubblico impiego", rileva esclusivamente la compresenza di un provvedimento di conferimento dell'incarico e un contratto ad esso accessivo, che regola, in base alla disciplina dei vigenti contratti collettivi nazionali di lavoro, il trattamento economico spettante; non rileva, ai fini della qualifica di "intraneo" all'amministrazione, il fatto che la provvista di personale sia riferita a soggetti esterni non appartenenti ai ruoli dell'amministrazione. In entrambi i casi, il conferimento dell'incarico "copre" il posto in organico e comporta, per effetto della conseguente immedesimazione organica, la riferibilità all'amministrazione dell'attività dagli stessi posta in essere.

La violazione di tale disciplina ridonda in grave violazione dei principi che presiedono alla sana gestione finanziaria e al buon andamento della pubblica amministrazione ed espone gli enti territoriali a quei fenomeni di lievitazione della spesa corrente alla quale la normativa vigente con sempre più rigore intende porre un freno.

Ulteriore evidenza della grave “imperizia” nell’applicazione dell’art. 110 TUEL si ricava proprio dalla richiesta di parere legale formulata *ex post* dai convenuti in esito alla denuncia dei consiglieri di minoranza alla Corte dei conti, in quanto tale comportamento evidenzia una non adeguata ponderazione dell’azione amministrativa nella gestione della delicata materia degli incarichi esterni.

7. — Nel caso di specie ricorrono dunque in concreto tutti gli elementi integranti la responsabilità amministrativa secondo la normativa vigente:

- a) a) la presenza del rapporto di impiego o di servizio tra i convenuti e il Comune danneggiato;
- b) b) il danno patrimoniale, economicamente valutabile;
- c) c) il nesso di causalità fra l’evento dannoso e la condotta dei convenuti;
- d) d) l’addebitabilità della condotta a titolo di colpa grave.

7.1. — Trattandosi di una ipotesi non dolosa di responsabilità erariale, la condanna può essere ridotta, nell’esercizio del potere riduttivo di questa Sezione, avuto riguardo a tutte le specifiche circostanze del caso concreto, a 140.000,00 euro (centoquarantamila/00 euro), che, in ragione del diverso livello di partecipazione dei convenuti alla determinazione del danno contestato, viene ripartita nelle misure che seguono.

Analogo grado di responsabilità è imputabile ai convenuti R Giuseppe, G Claudio e B Alberto, che hanno partecipato ad entrambe le deliberazioni della Giunta comunale oggetto di contestazione da parte della Procura, e che, pertanto vengono condannati, ciascuno, a 28 mila euro; Z Raffaele è condannato al pagamento della somma di 18 mila euro in ragione della sua partecipazione alla deliberazione n. 7 del 2004 della Giunta, che ha determinato il maggior esborso di denaro a carico del Comune; R Valentina e G Angelo, sono condannati, ciascuno, nella minor misura di 12 mila euro, in ragione della loro estraneità alla citata deliberazione di Giunta n. 7 del 2004; anche il geom. C Roberto non è esente da responsabilità, e va condannato alla somma di 14 mila euro, avendo egli, comunque, firmato il contratto accessivo al

provvedimento di conferimento dell'incarico di cui alla citata delibera n. 7 del 2004, in quanto lo stesso avrebbe dovuto opporsi a siglare un contratto per un importo esorbitante rispetto a quanto spettante al M, la qual cosa avrebbe impedito il perfezionarsi del conferimento dell'incarico. La condanna è comprensiva di interessi legali e rivalutazione monetaria fino alla data di deposito della presente sentenza, cui devono aggiungersi gli interessi legali dalla data stessa fino al saldo, nonché al pagamento delle spese di giudizio.

PER QUESTI MOTIVI

la Corte dei conti - Sezione giurisdizionale regionale per l'Emilia-Romagna, definitivamente pronunciando

CONDANNA

i convenuti R Giuseppe, B Alberto, G Claudio, Z Raffaele, R Valentina, G Angelo e C Roberto al pagamento, nelle misure stabilite per ciascuno di essi come riportate in motivazione, in favore del Comune di XXX, della complessiva somma di euro 140.000,00 (centoquarantamila/00 euro), comprensivi degli interessi legali e della rivalutazione monetaria fino alla data di deposito della presente sentenza, cui devono aggiungersi gli interessi legali dalla data stessa fino al saldo, nonché il pagamento, in parti uguali, delle spese di giudizio che all'atto della pubblicazione della sentenza anzidetta si liquidano in euro 1167,70 (millecentosessantasette/70).

Così deciso in Bologna, nella Camera di consiglio del 21 aprile 2010.

Massimo DE MARIA, Presidente

f.to Massimo De Maria

Marco PIERONI, Redattore

f.to Marco Pieroni

Depositata in Segreteria il giorno 7 luglio 2010

Il Direttore della Segreteria

f.to Nicoletta Natalucci