

Pubblicato il 03/09/2018

N. 05138/2018REG.PROV.COLL.

N. 02487/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 2487 del 2017, proposto da Vincenzo Vitiello, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Di Giuseppe, con domicilio eletto presso lo studio Marco Scarpati in Roma, via Circonvallazione Clodia, n. 165;

contro

Comune di Baragiano, in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Diotallevi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Tommaso Gulli, n. 11;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, sez. I, n. 130/2017 del 6 febbraio 2017;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2018 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Scarpati, su delega di Di Giuseppe, e Diotallevi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con atto di appello notificato nei tempi e nelle forme di rito, Vincenzo Vitiello, come in atti rappresentato e difeso, impugnava la sentenza n. 130 del 6 febbraio 2017, distinta in epigrafe, con la quale il TAR per la Basilicata aveva respinto il proprio ricorso inteso a censurare, nelle forme di cui agli artt. 31 e 116 c.p.a., il silenzio serbato dal Comune di Baragiano in ordine alla propria istanza di riconoscimento, mercé auspicata delibera consiliare di approvazione del relativo debito fuori bilancio, del credito pretesamente maturato in relazione alla attività professionale dispiegata a favore dell'Ente.

2.- A sostegno del gravame segnatamente esponeva:

a) che, su incarico di natura professionale conferitogli con delibera di Giunta comunale n. 54 in data 15 marzo 1993, aveva curato la redazione del progetto esecutivo di una Caserma dell'Arma, asseritamente utilizzato dall'amministrazione committente ai fini della richiesta di apposito finanziamento;

b) che, con missiva datata 11.11.1997, aveva trasmesso formale notula delle proprie competenze professionali, per un complessivo ammontare di lire 115.762.618, sollecitandone il pagamento anche mediante successiva diffida datata 14.01.1998;

c) che, con nota a firma del Sindaco *pro tempore* datata 24.02.1998, il Comune aveva, nondimeno, rappresentato che *“il mancato utilizzo del progetto da parte dell'Amministrazione [aveva fatto] venir meno i requisiti dell'utilitas e dell'arricchimento da*

parte dell'Ente, la presenza dei quali [avrebbe comportato] il riconoscimento di un debito fuori bilancio?;

d) che, tuttavia, aveva più volte vanamente rivendicato, previa presentazione di rituale parcella, la corresponsione delle competenze maturate in relazione all'adempito incarico tecnico, curando la puntuale interruzione del decorso dei relativi termini prescrizionali, sempre diffidando l'amministrazione comunale ad inserire il credito vantato nell'elenco dei debiti fuori bilancio, e – all'uopo – premurandosi anche di sollecitare reiteratamente (da ultimo con nota trasmessa a mezzo pec in data 11 maggio 2016) l'attivazione del potere sostitutivo *ex art. 5, comma 4, D. Lgs. n. 33/2013 e art. 2, comma 9 bis, L. n. 241/90;*

e) che, cionondimeno, il Comune di Baragiano si era limitato a riscontrare le suddette istanze, con note datate 12.10.2015 e 04.04.2016, peraltro recanti laconiche comunicazioni, come tali asseritamente inidonee ad interrompere la stigmatizzata inerzia e tampoco a surrogare la sollecitata determinazione consiliare;

f) che – sussistendo, nella descritta situazione, l'obbligo del Comune di concludere il procedimento preordinato, ai sensi degli artt. 191 e 194 del d. lgs. n. 267/2000, recante il *Testo unico degli Enti locali*, alla approvazione dei debiti fuori bilancio – si era risolto, nel perdurare dell'inadempimento, a proporre ricorso giurisdizionale nelle forme di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., inteso a stigmatizzare la serbata inerzia e a conseguire conseguenziale ingiunzione a provvedere, in una alla condanna alla corresponsione dell'indennizzo *ex artt. 2 bis, comma 1 bis L. n. 241/1990 e 28, comma 1, D.L. n.69/2013, convertito in L. n.98/2013;*

g) che – nella resistenza dell'amministrazione comunale, intesa ad argomentare l'inammissibilità del ricorso per mancata evocazione di almeno un controinteressato, nonché la infondatezza della azionata pretesa – il TAR adito, dopo aver riconosciuto la sussistenza della propria giurisdizione ed aver disatteso l'eccezione di inammissibilità per assenza di controinteressati, aveva

inopinatamente respinto il ricorso, sull'assunto della infondatezza nel merito della pretesa creditoria.

3.- Sulle esposte premesse impugnava la ridetta statuizione, argomentandone – con plurimo mezzo – la complessiva erroneità ed ingiustizia ed invocandone l'integrale riforma, con pedissequa condanna alla adozione, nel termine a fissarsi, di formale e motivata determinazione conclusiva del procedimento e alla concorrente refusione dell'indennizzo da ritardo, sin d'ora instando, per l'eventualità di perdurante inerzia, per la designazione di organo commissariale sostitutivo, il tutto con vittoria di spese e competenze del doppio grado.

4.- Nella resistenza del Comune di Barbagiano, alla camera di consiglio del 12 aprile 2018, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e merita di essere respinto.

2.- Con il primo motivo di gravame – denunciando violazione degli artt. 31 e 117 c.p.a., dell'art. 2, commi 1 e 9 *bis* della l. n. 241/1990 e degli artt. 191 e 194 del d. lgs. n. 267/2000 – l'appellante si duole che la sentenza appellata, nel respingere il ricorso, non si sia attenuta al principio che asseritamente precluderebbe al giudice, chiamato ad apprezzare l'inerzia illegittimamente serbata dall'Amministrazione, di accertare la fondatezza sostanziale pretesa sottesa alla formalizzata istanza, posto che – a diversamente opinare – finirebbe per indebitamente sovrapporsi, in un contesto di giurisdizione non estesa al merito, a valutazioni riservate alla discrezionalità dell'Amministrazione tenuta alla definizione del procedimento.

Sotto distinto e concorrente profilo, lamenta, in ogni caso, che erroneamente il primo giudice abbia ritenuto idoneo il riscontro fornito dall'Ente, con la rammentata nota in data 4 aprile 2016 (con la quale aveva rappresentato la non ricorrenza dei presupposti per il riconoscimento del credito vantato) a validamente

interrompere l'inerzia serbata in ordine alla richiesta di approvazione del debito fuori bilancio, in quanto rientrante nella formalizzata competenza dell'organo consiliare, che vi avrebbe dovuto provvedere attivando l'articolato e strumentale *iter* procedimentale previsto dalla normativa di settore (muovendo, segnatamente, dalla proposta del responsabile del procedimento, per includere i prescritti pareri di regolarità tecnica e contabile degli organi dirigenziali e di quelli revisionali ed attingere la definitiva delibera consiliare, da trasmettere altresì alla Corte dei Conti).

Con distinto mezzo, l'appellante censura la sentenza impugnata anche con riferimento alla ritenuta infondatezza della proposta domanda risarcitoria, instando per il riconoscimento dell'indennizzo da ritardo previsto dalla evocata normativa di settore.

3.- Osserva la Sezione che l'assunto secondo cui sarebbe precluso – nella “*azione avverso il silenzio*” – l'accertamento, in concreto, della sostanziale fondatezza della pretesa, trova puntuale e positiva smentita, in termini generali, nell'art. 31, comma 3 del codice del processo amministrativo, il quale – al termine di un diuturno itinerario concettuale maturato sul piano non meno pretorio che normativo, sul quale non mette conto indugiare – ha, da ultimo, riconosciuto (nella più complessiva prospettiva della tendenziale trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto) il potere del giudice di “*pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio*”, sia pure nei soli casi in cui “*si tratta di attività vincolata*”, ovvero risulti comunque e a vario titolo preclusi all'Amministrazione “*ulteriori margini di esercizio della discrezionalità*” e non siano necessari “*adempimenti istruttori*”.

3.1.- Ciò posto, nel caso di specie non è revocabile in dubbio che la pretesa azionata – che assume la consistenza di una posta creditoria rinveniente dall'espletamento, a titolo negoziale, di attività professionale in favore

dell'Amministrazione – è suscettibile, per sua natura, di essere apprezzata, come ha fatto il primo giudice, nei termini della sua concreta fondatezza, trattandosi di situazione di diritto soggettivo che, di per sé, non ammette, dal lato passivo, spazi di discrezionalità *a latere debitoris* (il che va puntualizzato non senza soggiungere che le possibili implicazioni in punto di giurisdizione sono, nella specie, precluse dal giudicato interno, correlato alla mancata impugnazione del capo della sentenza che ne ha argomentato la sussistenza: cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 17 novembre 2015, n. 5272).

3.2.- Orbene, costituiscono principio pacifico, dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi (cfr., tra le tante, Cass., sez. I, 20 marzo 2014, n. 6555), quello per cui i contratti con la Pubblica amministrazione devono essere redatti, a pena di nullità, in forma scritta e - salva la deroga prevista dall'art. 17 r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 per i contratti con le ditte commerciali, che possono essere conclusi a distanza, a mezzo di corrispondenza “secondo l'uso del commercio” - con la sottoscrizione, ad opera dell'organo rappresentativo esterno dell'ente, in quanto munito dei poteri necessari per vincolare l'amministrazione, e della controparte, di un unico documento, in cui siano specificamente indicate le clausole disciplinanti il rapporto; tali regole formali sono funzionali all'attuazione del principio costituzionale di buona amministrazione in quanto agevolano l'esercizio dei controlli e rispondono all'esigenza di tutela delle risorse degli enti pubblici contro il pericolo di impegni finanziari assunti senza l'adeguata copertura e senza la valutazione dell'entità delle obbligazioni da adempiere (ciò che vale ad escludere l'idoneità di una mera delibera comunale, deputata ad altra funzione e priva del relativo impegno di spesa, nonché dell'indicazione dei mezzi per far fronte al compenso del professionista).

Sotto distinto e concorrente profilo, in una convenzione tra un ente pubblico territoriale e un professionista, al quale il primo abbia affidato la progettazione di

un'opera pubblica, la clausola con cui il pagamento del compenso per la prestazione resa è condizionato alla concessione di un finanziamento per la realizzazione di detta opera deve qualificarsi come “condizione potestativa mista”, il cui mancato avveramento preclude l'azionabilità del credito (cfr. Cass., sez. un., 18 dicembre 2014, n. 26657).

Orbene, nel caso di specie, l'amministrazione, nel riscontrare la richiesta di riconoscimento del debito fuori bilancio formulata dall'odierno appellante, ha rilevato, sotto entrambi gli evidenziati profili, la mancanza dei relativi presupposti, in quanto: *a)* il contratto non era stato stipulato nelle forme di rito, trattandosi di incarico conferito sulla sola base di delibera di Giunta comunale; *b)* in ogni caso, il pagamento dell'eventuale corrispettivo era stato subordinato al conseguimento di un finanziamento, che non era stato mai riconosciuto, con il conseguente venir meno della relativa condizione.

Tanto appare sufficiente, come già ritenuto dal primo giudice ed in difetto di contrarie allegazioni, per confermare l'insussistenza del credito vantato in danno dell'Amministrazione e, di conserva, l'inesistenza del preteso obbligo di attivare il procedimento per il riconoscimento del relativo debito fuori bilancio.

4.- Le considerazioni che precedono sono sufficienti ai fini della complessiva reiezione dell'appello.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla refusione delle spese di lite in favore del Comune di Baragiano, che liquida in complessivi € 3.000,00 (tremila), oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO