CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - SENTENZA 26 marzo 2009, n.1807

Pres. Iannotta - est. Dell'Utri Costagliola

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 4782/04 Reg. Gen., proposto dall'arch. Prof. M. R., rappresentata e difesa dall'Avv. G. V. ed elettivamente domiciliata presso il signor L. G. in Roma, via L. M. n. x;

CONTRO

il Comune di Bari, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli Avv.ti B. C., R. C. e V. B., elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. R. C. in Roma, via F. n. x;

per la riforma

della sentenza 26 febbraio 2004 n. 891 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Bari, sezione terza, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 5 dicembre 2008, relatore il consigliere Angelica Dell'Utri Costagliola, uditi per le parti gli Avv.ti P. e C. su delega, rispettivamente, degli Avv.ti V. e C.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con atto notificato l'11 maggio 2004 e depositato il 21 seguente l'arch. prof. M. R., docente dell'Università degli studi di Roma "La Sapienza", ha rappresentato di essere stata componente – quale esperta in urbanistica - della commissione giudicatrice della gara con il sistema dell'offerta più vantaggiosa indetta dal Comune di Bari per l'affidamento di uno studio di fattibilità avente ad oggetto la "costituzione di una società di trasformazione urbana per la riqualificazione delle aree del Lungomare di Bari" per l'importo a base di gara di € 430.380,74 oltre IVA. Ciò posto, ha appellato la sentenza 26 febbraio 2004 n. 891 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Bari, sezione terza, con la quale è stato dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sul suo ricorso con cui ha chiesto l'annullamento della nota comunale 17 novembre 2003 e della sottostante deliberazione consiliare 20 gennaio 1998 n. 6, concernenti il compenso per l'attività svolta in seno alla predetta commissione, nonché la declaratoria del suo diritto – tale definito dall'art. 92 del D.P.R. n. 554 del 1999 – a conseguire un compenso adeguato alla propria professionalità, quantificato nella somma di € 8.653,23, oltre interessi nella misura fissata dall'art. 9 della tariffa professionale.

A sostegno dell'appello ha dedotto:

1.- La commissione giudicatrice di una gara è un organo straordinario dell'amministrazione aggiudicatrice ed il componente privato espleta un servizio pubblico, sicché nella specie sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

2.- Ciò anche considerando che l'attività in questione attiene ad una procedura per l'affidamento di appalto pubblico.

3.- In via gradata, sussiste la giurisdizione generale di legittimità, atteso che in primo grado era stata impugnata sia la nota che le comunicava come il compenso fosse stato determinato in base a norma regolamentare dello stesso Comune, sia la presupposta prescrizione

regolamentare, a fronte della quale la posizione soggettiva della ricorrente era qualificabile come di interesse legittimo.
4.- L'accoglimento del presente appello comporterebbe l'annullamento della sentenza appellata con rinvio. In ogni caso, il ricorso di primo grado era fondato per le seguenti deduzioni:
a.- Il compenso non è stato determinato nell'atto di nomina, come invece imposto dall'art. 92 del D.P.R. n. 554 del 1999, né l'Amministrazione ha mai comunicato i relativi criteri, sicché nessun accordo si è formato sul punto, con la conseguenza dell'inapplicabilità dell'indicata delibera consiliare, prevedente un compenso irrisorio, irriguardoso ed offensivo della dignità professionale dell'istante, che mai l'avrebbe accettato; meglio sarebbe stato chiedere ai professionisti di svolgere gratuitamente l'incarico.
b.- Gli atti impugnati si risolvono in un'arbitraria ed irrazionale determinazione del compenso, nonché violano il cit. art. 92 ed i principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1375 e 1376 c.c..
c.- La ricorrente ha diritto ad un compenso congruo che, in difetto di predeterminazione nell'atto di nomina e di accordo tra le parti, va stabilito in base alla tariffa professionale.
Il Comune di Bari si è costituito in giudizio con atto notificato in date 3 e 11 giugno 2004 e depositato il 15 seguente, col quale, richiamato quanto esposto in prime cure, ha proposto appello incidentale per difetto di motivazione ed erronea qualificazione giuridica della fattispecie.
L'appellante principale con memorie dell'11 giugno 2004 e 24 novembre 2008 e l'appellante incidentale con memoria del 21 novembre 2008 hanno insistito nelle rispettive tesi e pretese.
All'odierna udienza pubblica l'appello è stato posto in decisione.

D I R I T T O

Com'è esposto nella narrativa che precede, con l'appellata sentenza il TAR Puglia ha negato la sussistenza di giurisdizione amministrativa sulla controversia instaurata dall'attuale appellante principale, arch. prof. M. R., per l'annullamento del provvedimento 17 novembre 2003 n. 142829 del Comune di Bari, concernente la determinazione con i criteri previsti dal punto 3 del dispositivo della deliberazione consiliare 20 gennaio 1998 n. 6 del compenso per l'attività da essa espletata quale componente della commissione per l'affidamento di uno studio di fattibilità sulla costituzione di una società per la riqualificazione delle aree del Lungomare cittadino, nonché per l'annullamento della richiamata deliberazione e, inoltre, per l'accertamento del "diritto della ricorrente alla liquidazione del compenso dovutole …".
Al riguardo, va rilevato che, come fondatamente assumono la stessa ricorrente principale – sia pur in subordine – e l'Amministrazione appellata-appellante incidentale, la figura del componente di commissione aggiudicatrice di una procedura ad evidenza pubblica va ricondotta a quella del funzionario onorario, la quale infatti si ravvisa ogni qualvolta esista un rapporto di servizio con attribuzioni pubbliche, diverso dall'impiego pubblico, nascente dal provvedimento di nomina, la cui disciplina deriva dal medesimo provvedimento e dalla natura dell'incarico da espletare (cfr., sulla definizione di funzionario onorario, Cass., sez. un., 10 aprile 1997 n. 3129 e Cons. St., sez. IV, 24 marzo 2005 n. 1272).
Tanto premesso, in una controversia nella quale il ricorrente, funzionario onorario, rivendicava il proprio diritto soggettivo al compenso, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto la sussistenza di giurisdizione amministrativa di legittimità pur in presenza di

domanda di accertamento. Ciò in applicazione del generale criterio di riparto, secondo cui la giurisdizione si determina non già in base al petitum o alla prospettazione delle parti, bensì in base al cosiddetto petitum sostanziale, il quale va identificato non solo e nontanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, cioè dell'effettiva natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale essi sono manifestazione. Pertanto, è stato affermato che rientra nella giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria (salvo espressa previsione contraria) la controversia avente ad oggetto la domanda con la quale il funzionario onorario chiede che gli venga liquidato l'emolumento normativamente stabilito, atteso che in questo caso la posizione giuridica dedotta in giudizio ha consistenza di diritto soggettivo già predeterminato nell'an e nel quantum; di contro, la controversia rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo quando manca una disciplina normativa del compenso richiesto dal funzionario onorario, con la conseguenza che la possibilità della sua erogazione deve intendersi affidata, nell'an e nel quantum, alla discrezionalità dell'Amministrazione che ha conferito l'incarico, sicché si configura in capo al richiedente una posizione di interesse legittimo (cfr. la cit. n. 1272/05 della sez. IV).

Alla stregua delle ricordate considerazioni, dalle quali la Sezione non ha ragione di discostarsi, va pertanto affermata la sussistenza di giurisdizione amministrativa generale di legittimità nella fattispecie in esame.

In essa, invero, è indubbiamente assente una disposizione normativa che fissi nell'an e nel quantum il compenso in parola, tale non essendo né l'art. 92, co. 3, della D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, che infatti si limita a prevedere che "il compenso" sia determinato nell'atto di nomina della commissione, né direttamente la tariffa professionale, trattandosi non di prestazioni nell'ambito di un rapporto libero-professionale, ma – come detto – di attività di funzionario onorario.

D'altro canto, per la stessa ragione appena detta, la medesima fattispecie esula evidentemente dalla giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, novato dalla l. 21 luglio 2000 n. 205, riguardando lo svolgimento di funzioni pubbliche e non di un tal servizio, ma anche da quella in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici di cui all'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971 ss.mm.ii., giacché lo svolgimento della procedura per l'affidamento dello studio di fattibilità, al quale si è fatto cenno, è solo l'occasione del conferimento dell'incarico di cui si discute, funzionale alla stessa procedura e collocato a monte di essa.

Pertanto, nel caso in esame sussiste la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

Conseguentemente, in accoglimento tanto dell'appello principale, sia pure per il suddetto profilo subordinato, quanto di quello incidentale, la sentenza appellata dev'essere annullata con rinvio al primo giudice ai sensi dell'art. 35 della citata legge n. 1034 del 1971. Il predetto esito giustifica la compensazione tra le parti delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie gli appelli principale ed incidentale e, per l'effetto, annulla la sentenza appellata, disponendo il rinvio della causa al giudice di primo grado. Spese compensate.

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