

**IL RIPARTO DELLE COMPETENZE CIRCA LA
PROCEDURA DIRETTA ALL’AFFIDAMENTO DEL
SERVIZIO DI TESORERIA DELLE AMMINISTRAZIONI
COMUNALI TRA I DIVERSI ORGANI DELL’ENTE.**

di Francesco Marascio

Si assiste sempre più spesso alla riproposizione di taluni orientamenti, saltuariamente accolti anche da alcune isolate pronunce giurisprudenziali, che ritengono il Consiglio Comunale come il solo organo competente all’adozione della totalità degli atti di gara relativi all’affidamento del servizio di tesoreria.

Ebbene, quest’ordine di idee non solo prescinde completamente dal principio di separazione tra funzione di indirizzo politico e di gestione amministrativa ma, oltretutto, contrasta palesemente sia con la lettera della legge che con l’interpretazione della stessa operata costantemente dalla giurisprudenza.

Pertanto, la presente esposizione è diretta a definire e puntualizzare la disciplina del servizio in parola.

LA COMPETENZA DEL CONSIGLIO COMUNALE ALLA LUCE DEL T.U. ENTI LOCALI

E’ noto che il Consiglio Comunale, in quanto organo rappresentativo della collettività presente sul territorio, ha funzioni di “*indirizzo e di controllo politico amministrativo*” (art. 42, comma 1, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, T.U. Enti Locali). Queste si concretano in poteri di programmazione (P.R.G., programma triennale delle OO.PP., bilancio), regolamentazione generale (Statuto dell’Ente, ordinamento degli uffici) e controllo ispettivo attraverso indagini conoscitive.

Insomma, il Consiglio individua gli obiettivi fondamentali che l'ente deve perseguire e ne verifica l'attuazione attraverso idonei strumenti.

Inoltre, i poteri del Consiglio sono soltanto quelli tipici.

Infatti, l'assemblea approva deliberazioni di contenuto determinato, e non quindi di generico indirizzo politico, soltanto nelle ipotesi previste dal 2° comma dell'art. 42.

Tra esse, la lettera e) prevede, in particolare le ipotesi di *“assunzione diretta dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione”*.

Tuttavia, anche in tali ipotesi il Consiglio non dà mai corso direttamente a quanto delibera.

In ossequio alle citate disposizioni di legge, la giurisprudenza ha ritenuto che debba *“ritenersi competente la giunta ogni qual volta l'appalto si riferisca ad un servizio preventivamente previsto in un atto fondamentale del consiglio”* (cfr. T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 4 dicembre 1992, n. 403).

Infatti, a seguito della riforma dell'ordinamento degli enti locali, il solo organo politico a generale competenza residuale è la Giunta Comunale. Questa *“compie tutti gli atti rientranti ai sensi dell'art. 107, commi 1 e 2, nelle funzioni degli organi di governo, che non siano riservati dalla legge al consiglio e che non ricadano nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del sindaco o del presidente della provincia o degli organi di decentramento; collabora con il sindaco e con il presidente della provincia nell'attuazione degli indirizzi generali del consiglio;*

riferisce annualmente al consiglio sulla propria attività e svolge attività propositive e di impulso nei confronti dello stesso.

E' altresì, di competenza della giunta l'adozione dei regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, nel rispetto dei criteri generali stabiliti dal consiglio”(art. 48, 2° e 3° comma, T.U. Enti Locali).

Pertanto, laddove ricorre, la competenza consiliare incide sull'attivazione del procedimento, il cui corso è lasciato alla gestione di altri organi. L'assemblea elettiva, infatti, stabilisce se e quali decisioni assumere ed, eventualmente, con quali moduli organizzativi attuarle. Ma, la concreta attuazione – che, inevitabilmente, necessita di ulteriore attività amministrative – esula dalla competenza consiliare.

La ragione è facilmente intuibile.

Essendo pienamente rappresentativo degli interessi territoriali, il Consiglio adotta le decisioni di maggiore rilevanza demandando l'onere di portarle avanti, una volta assunte, ad organi più snelli anche se meno rappresentativi, quali la Giunta ed il Sindaco come organi politici ed i dirigenti come organi amministrativi.

Pertanto, il Consiglio di Stato ha precisato che *“una volta che il Consiglio comunale ha stabilito di procedere ad una nuova concessione della gestione della piscina comunale, la scelta di affidare la stessa con il sistema della trattativa privata, previa gara informale, rientra tra le competenze della Giunta comunale, cui spetta il compito di attuare gli indirizzi formulati dell'organo elettivo”* (cfr. Consiglio Stato, Sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6764).

Inoltre, negli affidamenti di cui si tratta, trova ampio spazio anche la competenza dirigenziale.

LE ATTRIBUZIONI DEI DIRIGENTI COMUNALI

Il caso *de quo* concerne una materia – l’aggiudicazione di un contratto pubblico – che non è in alcun modo contemplata dall’art. 42 del T.U. Enti Locali tra quelle in cui il Consiglio ha poteri propulsivi e di iniziativa.

La norma di riferimento è, pertanto, l’art. 107 del T.U. Enti Locali.

Secondo il *“principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo”*, l’articolo in questione stabilisce che:

- *“spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108”* (art. 107, comma 2) ;

- *“sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi”* (art. 107, comma 3).

Pertanto, è indubitabile che *“l’art. 107, d.lg. n. 267 del 2000, nel delineare la sfera delle attribuzioni spettanti ai dirigenti degli enti locali in rapporto agli organi di governo, ribadisce la distinzione (già introdotta dalla l. n. 142 del 1990), tra la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica (spettante ai dirigenti) ed i poteri di*

indirizzo e di controllo politico-amministrativo (spettanti agli organi di governo)”
(cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 18 dicembre 2003, n. 15430).

Laddove sussista una competenza degli organi di indirizzo politico, l'attività del Dirigente dovrà conformarsi alle deliberazioni degli stessi ma non potrà in alcun caso essere esclusa in ragione della competenza degli organi politici. Sarà una competenza di esclusiva gestione amministrativa di un procedimento intrapreso da altri organi, ma sarà certamente una competenza pienamente legittima. Così, ad esempio, *“la determinazione a contrattare è atto di gestione, di competenza del responsabile del procedimento di spesa (art. 192 d.lg. n. 267 del 2000), che segue alla deliberazione di giunta, espressione del potere di indirizzo e di controllo politico-amministrativo”* (cfr. T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 13 febbraio 2004, n. 153).

Si aggiunga, solo per completezza, che il 3° comma del citato articolo 107 del T.U. Enti Locali, dopo aver attribuito, in via generale, ai dirigenti *“tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati”* dagli organi politici, si premura di ricordare in particolare tutti gli atti di gestione dei contratti della P.A. (art. 107, comma 3, lettere a), b), c), T.U. Enti Locali).

Peraltro, l'orientamento che si contesta giunge ad affermare la esclusiva competenza consiliare movendo da una singolare qualificazione del servizio di tesoreria.

LA QUALIFICAZIONE DEL SERVIZIO DI TESORERIA COMUNALE

Sostenendo, infatti, che lo stesso non ha natura di servizio bancario e/o finanziario e considerandolo, invece, un affidamento in concessione di servizi

pubblici, la si giunge a concludere per l'incompetenza dirigenziale ad aggiudicare la gara.

Sul punto è necessario operare alcuni chiarimenti di carattere concettuale e normativo.

In primis va chiarita la distinzione tra “appalti pubblici di servizi” ed “affidamenti in concessione di servizi pubblici”.

I primi hanno ad oggetto prestazioni di servizi di cui necessita l'Amministrazione, i secondi hanno ad oggetto i servizi pubblici che la P.A. deve fornire alla collettività.

Pertanto, un primo *discrimen*, tra le due figure si trae dalla nozione di servizio pubblico.

Con riferimento alle prestazioni erogate dagli enti locali, la suddetta nozione si ricava dall'art. 112 del più volte richiamato T.U.: “*gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”.

Fondandosi sulla norma appena citata nonché sull'art. 43 della Costituzione, che pure fa riferimento ai servizi pubblici, la migliore dottrina ha ritenuto che un servizio possa dirsi pubblico allorché ricorrano tutte le seguenti condizioni:

- a) imputabilità o titolarità del servizio alla p.a. che lo ha istituito o alla quale è stato assegnato per legge;
- b) soddisfacimento delle esigenze della collettività;
- c) modello organizzatorio improntato a specifiche modalità di gestione.

A questo punto, è palese come il servizio di tesoreria comunale non possa certo dirsi pubblico. Infatti, si tratta di un servizio reso a favore dell'Amministrazione e non invece direttamente a favore della comunità.

La circostanza che l'unico utente del servizio sia il Comune, di per sé è sufficiente ad escludere che lo stesso possa essere qualificato come "servizio pubblico" ed assoggettato alla relativa disciplina.

Tuttavia, a sostegno della sottoposizione della gara *de quo* al regime degli affidamenti di pubblici servizi viene richiamato, senza minimamente approfondirlo, anche un diverso argomento che, di per sé, non implica affatto l'inclusione del servizio di tesoreria nell'ambito dei servizi pubblici.

Rilevando che, molto spesso, il servizio di tesoreria viene affidato senza la previsione di un corrispettivo per il tesoriere, si conclude che – difettando l'elemento fondamentale dell'onerosità – tale figura esula dallo schema normativo del contratto di appalto.

Dal che, siccome l'art. 107, comma 3, del T.U. Enti Locali, prevede la competenza dei dirigenti in ordine all'affidamento dei contratti di appalto, si conclude frettolosamente ritenendo un vizio di incompetenza relativa in ordine all'affidamento impugnato.

A ben vedere, però, le cose stanno diversamente.

Infatti, seppure l'erogazione del servizio di tesoreria non implichi, in talune ipotesi, l'erogazione di un corrispettivo in denaro, è pur vero che il tesoriere trae degli innegabili benefici dalla aggiudicazione della commessa.

Sul punto, è intervenuta la giurisprudenza che – proprio al fine di non attrarre i servizi di tesoreria nell’ambito di una disciplina, quella degli affidamenti di servizi pubblici, meno rispettosa della concorrenza perché modellata preminentemente sulle esigenze della collettività – ha puntualizzato che nella gestione del servizio di tesoreria è possibile rinvenire elementi del contratto di conto corrente bancario o di corrispondenza oltre che, certamente, gli elementi tipici del contratto di appalto di un servizio.

Inoltre, *“dalla gestione del servizio derivano una serie di vantaggi per il tesoriere, che sono generalmente i seguenti:*

- possibilità di aprire uno sportello bancario presso la sede dell’ente con conseguente ampliamento della attività della banca anche in settori diversi dal servizio di tesoreria;

- naturale captazione dell’indotto bancario nei rapporti con i dipendenti dell’amministrazione e con i soggetti professionali ed imprenditoriali che entrano in rapporto con la stessa P.A. (fornitori, soggetti titolari di convenzione, ecc.);

- ridotti costi del servizio di tesoreria in un contesto organizzativo improntato ad elevato contenuto tecnologico delle prestazioni, rese con sistemi di automazione ed informatizzazione” (cfr. TAR Catania , Sez. II, 28 novembre 2000 n. 2266) .

Considerato quanto sopra, il contratto di tesoreria è certamente un contratto a prestazioni corrispettive, nel quale il sinallagma è costituito dall’erogazione di tassi attivi da parte del tesoriere in presenza di giacenze di cassa a fronte dell’erogazione di tassi passivi da parte dell’ente in presenza di anticipazioni di tesoreria.

E' del tutto insignificante che – talvolta – la P.A. non eroghi un corrispettivo per l'espletamento del servizio, poiché la prestazione offerta è ampiamente compensata da tutti i vantaggi che derivano al tesoriere dalla gestione.

Si applica quindi la disciplina di cui al D.Lgs. 157/95, poiché gli elementi tipici dell'appalto sono comunque presenti nel contratto, pur se non assolutamente prevalenti dal momento che il corrispettivo consiste in un vantaggio diverso dalla corresponsione di una somma di denaro.

Va, peraltro notato, che anche la giurisprudenza amministrativa che si sofferma sulle differenze tra appalto e servizio di tesoreria, perviene, per altra via alla medesima conclusione.

Infatti, anche le pronunce che non riconoscono l'onerosità del contratto lo sottopongono alla disciplina degli appalti di servizi. Così, *“il contratto di tesoreria, stipulato fra un ente locale ed un istituto bancario, ha natura atipica, in quanto non può essere qualificato come contratto d'appalto ai sensi dell'art. 1655 c.c., mancando la corresponsione da parte del soggetto pubblico di un corrispettivo in denaro a favore della controparte; e, pertanto, stante la gratuità del contratto in questione, ad esso sarà applicabile, solo in via indiretta, il d.lg. n. 157 del 1995, che regola gli appalti pubblici di servizi, definiti espressamente dall'art. 3 d.lg. n. 157 del 1995 contratti a titolo oneroso”* (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073).

Ma come detto, l'onerosità non implica necessariamente la corresponsione di denaro, ma richiede semplicemente la produzione di reciproci vantaggi tra le parti che, nel caso della tesoreria, sono innegabili.

In ogni caso, poi, la tesoreria non potrà mai essere ricondotta alla nozione di servizio pubblico, perché – seppure atipico – consiste innegabilmente in un contratto pubblico avente ad oggetto la prestazione di servizi.

CONCLUSIONI

A questo punto, si può ritenere pacifico che:

a) i servizi di tesoreria non sono servizi pubblici e, pertanto, non si possono riportare alla disciplina degli affidamenti di servizi pubblici;

b) trattandosi di contratti pubblici aventi ad oggetto servizi bancari e finanziari (ai sensi dell'Allegato 1 del D.Lgs. n. 157/95) si applica, comunque, la disciplina prevista nel D.Lgs. n. 157/95.

L'ultima conseguenza dei chiarimenti circa la natura giuridica dei servizi di tesoreria riguarda la competenza alla gestione amministrativa della procedura di affidamento.

Come precedentemente esposto, l'art. 107, comma 3 del T.U. Enti Locali, prevede che *“sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente:*

a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso;

b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso;

c) la stipulazione dei contratti”.

Pertanto, la norma fissa dapprima un criterio generale di competenza – *“sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi*

definiti con gli atti di indirizzo” – per poi puntualizzare la competenza in ordine alle gestione delle procedure di gara.

Dunque, la competenza alla gestione amministrativa della procedura di affidamento del contratto è, innegabilmente, una competenza dirigenziale.

Pertanto, ai sensi del T.U. Enti Locali, in presenza di un contratto pubblico definito dagli organi di indirizzo politico e da stipularsi a seguito di una procedura di scelta del contraente, non può dubitarsi della competenza dirigenziale in ordine alla gestione amministrativa dello stesso, ivi compresa l'adozione del provvedimento di aggiudicazione.