



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

Composta dai Magistrati:

Fulvio Longavita	Presidente
Rossella Cassaneti	Consigliere
Alessandro Forlani	Consigliere
Rossella Bocci	Consigliere (relatore)
Francesco Sucameli	Primo Referendario
Raffaella Miranda	Primo Referendario
Carla Serbassi	Primo Referendario

nell'adunanza del 4 luglio 2018

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la Legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la Legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti;

Vista la Legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la Legge 23 dicembre 2005, n.266, art.1, comma 173;

Vista la Legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, commi da 54 a 57;

Visto l'art. 46 del decreto Legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito nella Legge del 6 agosto 2008 n. 133;

Vista l'Ordinanza presidenziale n. 27/2018 del 15 giugno 2018 con la quale è stata comunicata alla Città metropolitana di Napoli la relazione di deferimento del Magistrato istruttore ed è stata convocata apposita adunanza pubblica, instaurando il contraddittorio scritto ed orale;

Udito il relatore, Cons. Rossella Bocci ed il Presidente del Collegio dei revisori, Dott.ssa Michelina Bruno.

FATTO

Questo Ufficio riceveva in data 06/04/2018 la nota a firma del dirigente della Direzione pianificazione Strategica e Politiche Comunitarie della Città metropolitana di Napoli, Dott. omissis, di accompagnamento dei seguenti atti:

- Determinazione n. 6864 del 15/12/2017 avente ad oggetto *“Progetto promozione delle eccellenze produttive dell’Area metropolitana di Napoli. Determina a contrarre per l’Affidamento dell’incarico di prestazione artistica per la realizzazione di un documentario e di uno spot audio video. Approvazione schema di contratto. Prenotazione impegno di spesa”*;

- Determinazione n. 778 del 02/02/2018 avente ad oggetto *“Progetto promozione delle eccellenze produttive dell’Area metropolitana di Napoli. Affidamento dell’incarico di prestazione artistica per la realizzazione di un documentario e di uno spot audio video. Trasformazione OGS in Impegno di spesa”*;

- Determinazione n. 1124 del 19/02/2018 avente ad oggetto *“Progetto promozione delle eccellenze produttive dell’Area metropolitana di Napoli. Affidamento dell’incarico di prestazione artistica per la realizzazione di un documentario e di uno spot audio video. Rettifica determinazione n. 6864/2017 e 778/2018”*;

- Determinazione n. 1891 del 28/03/2018 avente ad oggetto *“Progetto Promozione delle eccellenze produttive dell’Area metropolitana di Napoli. Annullamento determinazione n. 1124/2018”*.

Con la predetta nota si rappresentava che: 1) con la determinazione dirigenziale n. 1124 del 19/02/2018 *“a causa di un errore nella valutazione circa la provenienza del carattere personale della prestazione rispetto alla natura imprenditoriale del soggetto esecutore”*, erano state rettificate le precedenti determinazioni nn. 6864/2017 e 778/2018 con eliminazione della *“parte in cui si richiamava l’affidamento diretto di servizi ex art. 36 co.2 lett a) d.lgs. 50/2016”*; 2) il Segretario generale della Città metropolitana con nota prot. 49173 del 15/03/2018 aveva evidenziato che tale rettifica andava a modificare la fattispecie giuridica *“da appalto di servizi a prestazione d’opera intellettuale”* e in conseguenza di ciò, con determinazione n. 1891 del 28/03/2018, era stata annullata la determinazione n. 1124 del 19/02/2018 *“atteso il carattere imprenditoriale prevalente della prestazione in oggetto”*.

Essendo emerse, dalla disamina delle prefate determinazioni, alcuni indici di presunta irregolarità, il Magistrato istruttore inviava una richiesta istruttoria (nota prot. C.d.c, n. 2561 del 18/04/2018) con la quale chiedeva al Segretario Generale, e p.c. al Collegio dei revisori, di trasmettere gli atti deliberativi adottati nella fattispecie in esame e la corrispondenza intercorsa tra i funzionari e il professionista incaricato¹. L’Ente era, altresì, invitato a chiarire in che termini il Collegio dei revisori si era espresso in merito sia al conferimento dell’incarico/affidamento diretto di appalto di servizi per la realizzazione del documentario e spot audio/video al Sig.omissis che alla successiva determinazione di annullamento e correzione dell’errore della precedente determinazione (n. 1891 del 28/03/2018). Con la predetta nota istruttoria la Città metropolitana di Napoli era invitata a relazionare, infine, sulle modalità di svolgimento della prestazione da parte del professionista prescelto, in particolare, sull’eventuale utilizzo di ulteriori fattori della produzione (studio di registrazione, mezzi, maestranze ecc.), e a specificare se il servizio in

¹ Note nn. 129257 del 21/07/2017, 135569 del 1/8/2017, 187112 del 26/10/2017; deliberazioni del Sindaco metropolitano nn. 287 del 30/11/2017 e 288 del 30/11/2017; deliberazione del Consiglio metropolitano n. 161 del 27/12/2017; tutta la corrispondenza, richiamata nella determina, intercorsa con il professionista prescelto (note nn. 221907 del 4/12/2017 e 225487 del 7/12/2017), nonché la nota assunta al protocollo dell’Ente in data 8/3/2018 n. 44333 con la quale lo stesso professionista aveva dichiarato di aver fornito servizi d’impresa a certi fini fiscali; nota n. 49173 del 15/3/2018 del Segretario Generale; copia del curriculum vitae di Gianfranco omissis e del contratto firmato in data 15/12/2017 RCP n. 296 del 15/12/2017; Regolamento di contabilità e sull’affidamento degli incarichi esterni dell’Ente.

esame era stato inserito nella programmazione biennale dell'Amministrazione ex art. 21 del D.lgs. n. 50/2016.

Il Segretario Generale dava riscontro alla richiesta istruttoria con nota n.2704 del 07/05/2018 e relativi allegati ².

Il Dirigente della Direzione pianificazione Strategica e Politiche Comunitarie della Città metropolitana di Napoli, Dott. omissis, con nota RU 74017 del 26/04/2018 (allegata), trasmetteva ulteriori atti (il c.v. del professionista prescelto, la dichiarazione dello stesso di fornitura servizi impresa, la corrispondenza intercorsa con il predetto professionista e la determinazione di liquidazione della spesa n. 1420 del 07/03/2018). Con la medesima nota il Dott. omissis dichiarava di non aver inserito la prestazione richiesta nella programmazione biennale di forniture e servizi ex art. 21 del d.lgs. n. 50/2016 in quanto di importo inferiore al limite minimo di 40.000,00 euro.

Lo stesso Segretario Generale peraltro con la predetta nota precisava che avrebbe trasmesso -non appena pervenuta- eventuale ulteriore documentazione inoltrata alla competente Direzione Pianificazione strategica e politiche comunitarie, con riferimento al conferimento dell'incarico in oggetto *"atteso che con nota RU 74017 del 26/04 u.s. (in allegato) il Dirigente competente ha dichiarato di essere in attesa di ricevere dall'artista relazione più dettagliata"*.

Il Collegio dei revisori, in riferimento al richiesto parere, rimandava a quanto espresso dal con nota RU n. 10118 del 30.11.2017 circa la variazione di bilancio assunta con la deliberazione di Consiglio metropolitano n. 161 del 27/12/2017, *"non risultando essere stata resa nessuna altra valutazione in merito all'incarico attribuito al professionista G.G non trattandosi nel caso di specie- di conferimento di incarico di studio, ricerca o consulenza, soggetto al parere dell'Organo di revisione economico-finanziaria dell'ente ai sensi dell'art.1 comma 42 L.30/12/2004, n. 211"*.

Il Magistrato istruttore, non ritenendo superate le criticità riscontrate nella procedura di spesa pari a euro 35.000,00, per l'affidamento diretto ad un professionista esterno dell'incarico di prestazione artistica per la realizzazione di un documentario e spot audio video da parte della Città Metropolitana di Napoli chiedeva al Presidente di questa Sezione di convocare l'adunanza pubblica e di instaurare apposito contraddittorio con i funzionari dell'Amministrazione coinvolti nella vicenda (il Segretario generale, dott. Antonio Meola; il Dirigente della Direzione Pianificazione Strategica e Politiche comunitarie, Dott. omissis; il Collegio dei revisori dell'Ente).

All'adunanza del 4 luglio 2018 era presente il solo Collegio dei revisori. Il Presidente del Collegio dei revisori, riportandosi alle memorie trasmesse (prot. CdC n. 3636 del 26/06/2018) specificava:

² Gli allegati sono: note nn. 129257 del 21/7/2017, 135569 dell'1/8/2017, 1871 del 26.10.2017; dichiarazioni del Sindaco metropolitano nn. 287 del 30/11/2017 e 288 del 30/11/2017; le note nn. 221907 del 4/12/2017 e 225487 del 7/12/2017; risposta fornita con mail acquisita al RU n. 225767 del 07/12/2017; nota assunta al protocollo dell'Ente in data 8/01/2018 n. 4433 con la quale lo stesso professionista dichiarava di aver fornito servizi di impresa a certi fini ex art 2 DPR 558/99 e art. 2083 cc; copia del contratto firmata in data 15/12/2017 RCP n. 296; note nn. 26235 del 07.02.2018 e 49173 del 15/3/2018 del Segretario generale; nota RU n.33736 del 20/2/2018 a firma del Dott. omissis; regolamento di contabilità dell'ente approvato con delibera di CP n.97 del 22.07.2003; Regolamento sull'affidamento degli incarichi esterni approvato con delibera del CP n. 1081 del 23.12.2008.

- di aver respinto la proposta di variazione di bilancio di previsione 2017/2019 (delibera P.DL.G. 1050/2017 del Direttore Generale) perché *“carente di un quadro economico dettagliato dell’investimento da realizzare, in quanto la stessa prevede[va] l’avviamento di una campagna promozionale su reti televisive e nazionali e non chiari[va] le somme necessarie sia per la realizzazione del documentario che per la spesa da sostenere presso le reti televisive. Inoltre non prevede[va] procedure di selezione per l’affidamento del servizio”*;
 - di aver, in data 30/11/2017, accordato parere positivo alla variazione di bilancio riproposta con nota prot. 0220118 del 30/11/2017, contenente un prospetto sintetico delle spese da sostenere, per quanto *“carente e poco esaustiva”*, tenendo conto della fattibilità del progetto e della corrispondenza dello stesso in relazione alle funzioni e agli obiettivi dell’Ente e ritenendo che l’inquadramento contrattuale del professionista/artista incaricato di comporre il documentario rientrava nell’autonomia gestionale del dirigente;
 - di essere venuto a conoscenza della corrispondenza intercorsa tra il Segretario Generale e il Dirigente omissis, in merito alle questioni connesse all’affidamento dell’opera, dal giorno di inizio del procedimento istruttorio della Corte (salvo poi chiarire ulteriormente con nota n. 3687 del 28/06/2018 che il Collegio era stato informato della problematica dal Segretario generale con nota prot. 49173 del 15/03/2018).
- Il Presidente del Collegio specificando di aver visionato il documentario in esame, contenente mezzi e persone, oltre al Dott. omissis, rappresentava che il servizio all’Amministrazione era stato effettivamente reso.

DIRITTO

1. L’art. 1, comma 173, della Legge 23 dicembre 2005, n.266, ha previsto che gli atti di spesa relativi ai commi 9, 10, 56 e 57 della stessa legge, di importo superiore a 5.000,00 euro, devono essere trasmessi alla competente Sezione della Corte dei conti per l’esercizio del *“controllo successivo sulla gestione”*. Si tratta segnatamente di:

- spese per studi ed incarichi di consulenza conferiti a soggetti estranei all'amministrazione, sostenuta dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (comma 9);
- spese per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e di rappresentanza (comma 10);
- indennità, compensi, retribuzioni o altre utilità comunque denominate, corrisposti per incarichi di consulenza da parte delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (comma 56);
- in generale, i contratti di consulenza (comma 57).

La fattispecie in esame costituisce un’ipotesi di controllo sulla gestione, articolata in una pluralità di atti e disciplinato in via generale dall’art. 3, comma 4 della legge n. 20/1994 secondo cui *“la Corte dei conti svolge, anche in corso di esercizio, il controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche.”*

In tale contesto, la Sezione regionale di controllo per la Campania ha inserito nel proprio programma annuale per l’anno 2018, approvato con deliberazione n. 13/2018, una voce riferita specificamente ad *“eventuali approfondimenti relativi al controllo successivo per*

quanto concerne gli atti di spesa di cui al comma 9 (consulenze, studi, ricerche) e al comma 10 (spese per relazioni, rappresentanza, mostre, convegni, pubblicità) dell'articolo 1, comma 173, della legge n. 266/2005 e sui regolamenti per il conferimento di incarichi esterni ai sensi dell'art.3, comma 57, della legge 24 dicembre 2007 n. 244....".

Le misure conseguenti a tale controllo, nel caso in cui sia accertata l'illegittimità per il mancato rispetto di una o più dei requisiti normativi "talora verificabile nei limiti di sindacabilità di scelte discrezionali comporta[no] da un lato l'obbligo di rimuovere, ove possibile, l'atto con un provvedimento di secondo grado e dall'altro la responsabilità del soggetto che lo ha posto in essere" (SRC Lombardia, n. 244/08).

La casistica, eccezionale, di autotutela vincolata, infatti, "comprende [non solo] l'ipotesi di illegittimità dell'atto dichiarata da sentenza passata in giudicato del giudice ordinario, [ma anche] quella di illegittimità dell'atto dichiarata da un'autorità di controllo priva del potere di annullamento [...]. In tali ipotesi l'interesse pubblico all'esercizio dell'autotutela è "in re ipsa" e si identifica nella cessazione di ulteriori effetti "contra legem" cfr. Consiglio di Stato VI, sentenza 17 gennaio 2008, n. 106" (T.A.R. Campania Napoli Sez. IV, Sent., 03-04-2012, n. 1527).

Per tale ragione, nel caso in cui la Sezione di controllo accerti che vi sia stata una illegittima erogazione di fondi di bilancio, sussiste il conseguente obbligo di segnalazione alla competente procura della Corte dei conti ai sensi dell'art. 52, comma 4, del codice della giustizia contabile.

2. Dalla disamina degli atti acquisiti si evince la situazione di fatto di seguito rappresentata.

2.1. Il Consigliere Delegato in materia di "personale, piccole e medie imprese, valorizzazione e promozione del marchio della città, smart city" della Città metropolitana di Napoli con nota n. 187112 del 26/10/2017 invitava il Dott. omissis, a capo della Direzione Pianificazione strategica e politiche comunitarie, a predisporre, in collaborazione con l'area Servizi Finanziari, una variazione di bilancio per € 100.000,00 da allocare sul PEG 01 e di procedere a "individuare un regista/artista di comprovata esperienza per la realizzazione di un documentario e di uno spot audio video in cui siano messe in evidenza le funzioni della Città metropolitana e le eccellenze dell'area metropolitana (prodotti agro-alimentari, artigianato, abbigliamento, ecc) per la predisposizione di una idonea campagna promozionale su reti televisive nazionali".

2.2. Il predetto Dirigente della Direzione Pianificazione strategica e politiche comunitarie, a seguito della variazione al bilancio di previsione 2017/2019 (deliberazione del Sindaco metropolitano n. 288 del 30/11/2017), con determinazione n. 6864 del 15/12/2017 affidava al sig. omissis, in qualità di sceneggiatore, direttore e protagonista, un incarico di prestazione artistica per la realizzazione di un documentario della durata di circa 10 minuti e di uno spot audio video di circa 30 secondi con approvazione del relativo schema di contratto. In particolare con la predetta determinazione si rilevava che:

1. " l'Ente deve individuare un regista/artista di comprovata esperienza per la realizzazione di un documentario e di uno spot audio video per effettuare un'idonea campagna promozionale su reti televisive nazionali;
2. l'attività richiesta risulta essere peculiare e di natura artistica;

3. *non sono attive convenzioni Consip di cui all'art. 26 c. 1 della L. n. 488/99, né accordi quadro aventi ad oggetto beni/servizi comparabili con quelli oggetto della presente determinazione;*
4. *non sono presenti nell'albo dei professionisti esterni tenuto presso l'Ente, ai sensi del Titolo V del Regolamento sull'Ordinamento degli Uffici e dei Servizi, figure professionali esperte in attività artistiche e cinematografiche”.*

Con la predetta determinazione era altresì riconosciuto il carattere “artistico” e “infungibile” della prestazione *“inidonea ad essere oggetto di procedure comparative e che pertanto giustificano l'affidamento ad un determinato operatore economico, rientrando nella fattispecie prevista alla lettera b), comma 2, art. 57, D.lgs. 163/06; per la natura artistica, culturale ed altamente specialistica dell'incarico non è si è proceduto alla preventiva ricognizione della mancanza di professionalità interne (art.7, comma 6, lettera b), D.lgs. 165/01)”.*

Nella predetta determinazione era dato atto che:

- a. il sig. omissis era stato invitato (nota n. 221907 del 04/12/17) a presentare la propria migliore dettagliata offerta per l'incarico in esame, unitamente ad un curriculum vitae;
- b. in risposta alla suddetta nota il sig. omissis aveva proposto per la realizzazione del documentario e spot audio video un importo di euro 45.000,00 +IVA;
- c. con nota n. 225487 del 07/12/17 l'Amministrazione aveva comunicato che la somma proposta come corrispettivo per il progetto superava il budget approvato dal Consiglio metropolitano e dal Sindaco, controproponendo un importo onnicomprensivo di euro 35.000,00;
- d. in data 9 dicembre 2017 il sig. omissis, accettando il compenso offerto per l'attività oggetto di incarico, aveva riformulato la propria offerta.

La ridetta determinazione n. 6864 conteneva, tra le sue premesse, la giustificazione dell'attribuzione del predetto incarico, in assenza di comparazione con altri operatori del settore e in assenza di alcuna forma di pubblicità, sulla base delle argomentazioni seguenti: *“l'art. 36, co. 2 lettera a) del D.lg 50/2016 stabilisce che le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta”; “l'art. 63 co. 2 lettera b n. 1 del D.lg 50/2016 prevede che nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico in quanto lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica”.*

2.3. Il medesimo Dirigente Dott. omissis con successiva determinazione n. 778 del 02/02/2018, dopo aver dato atto che il contratto relativo alla realizzazione del documentario e spot audio video era stato sottoscritto tra le parti in data 15/12/2017 (RCP n. 296 del 15.12.2017) e che il relativo incarico di prestazione artistica era stato regolarmente eseguito dal professionista *“nell'annualità 2017”*, assumeva l'impegno di spesa per l'importo di euro 35.000,00 sul Cap. 131650, Art. 283, Bilancio 2017, progetto 0111.

2.4. Il Segretario Generale, nell'ambito del controllo successivo di regolarità amministrativa sulla determinazione citata n. 6864 e sul conseguente contratto di affidamento di incarico, ai sensi dell'art. 6, comma 4 del Regolamento dell'Ente, con nota n. 226235 del 07/02/2018 invitava il predetto Dott. omissis a fornire chiarimenti in relazione

ai rilievi di seguito indicati, sollecitando, eventualmente, anche l'adozione di atti in autotutela:

A) mancata verifica del possesso dei requisiti di carattere generale ai sensi dall'art. 32 del d.lgs. 50/2016 (*"nei casi di affidamento diretto dei servizi è necessario procedere con determinazione a contrarre che contenga l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico professionali ove richiesti"*);

B) mancata verifica sul mercato elettronico della presenza o meno di bandi attivi per il servizio che si intendeva affidare (*"per ipotesi di affidamento diretto di un servizio per un importo inferiore alla soglia comunitaria ai sensi dell'art. 1 comma 450 della legge n.296/2006 è obbligatorio il ricorso al MEPA e pertanto è necessario che nella determinazione a contrarre venga inserito il riferimento all'avvenuta verifica sul mercato elettronico della presenza o meno di bandi attivi per il servizio che si intende affidare"*);

C) mancata descrizione delle modalità di determinazione dell'importo del servizio (anche con riferimento ad una previa indagine di mercato) e della sua congruità in rapporto alla qualità della prestazione (*"nell'atto in esame viene indicato l'importo dell'affidamento, ma non vengono in alcun modo esplicitate le modalità in base alle quali lo stesso è stato determinato, atteso che viene soltanto fatto riferimento ad una contrattazione con l'affidatario, ma sulla scorta di una cifra già definita ab origine, che non è chiarito come sia stata calcolata: inoltre manca anche l'attestazione circa la congruità del prezzo in riferimento alla prestazione richiesta"*).

Ulteriori significative irregolarità, di seguito indicate, erano altresì riscontrate nella predetta determinazione n. 6864:

- mancata pubblicazione nella Sezione "Amministrazione trasparente" né ai sensi dell'art. 23 né ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 33/2013;
- inserimento di alcuni riferimenti normativi errati nel testo della stessa³;
- confusione nelle premesse dell'atto circa la disciplina applicabile all'affidamento in questione con rinvio a normative che disciplinano istituti diversi: l'art. 2222 del c.c. che disciplina l'incarico di diritto privato per prestazione d'opera intellettuale e l'art. 36, comma 2 lettera a) del d.lgs. 50/2016 che disciplina, invece, l'affidamento diretto di servizi, quale vero e proprio appalto;
- mancata indicazione del codice CIG nella determinazione n. 6864 e nel conseguente contratto stipulato con il professionista;
- nel contratto stipulato, diversamente da quanto, invece, previsto nello schema di disciplinare allegato alla determinazione in esame, non risultava stabilito il termine entro cui la prestazione doveva essere resa all'affidatario.

2.5. Il Dott. omissis con nota n. 33736 del 20/02/2018 a riscontro dei rilievi formulati dal Segretario generale, rappresentava, in estrema sintesi, di aver rettificato la predetta determinazione n. 6864 e di aver adottato una nuova determinazione (cfr. infra det. n. 1124 del 19/02/2018) che evidenziava: 1) la tipologia di incarico conferito (contratto d'opera intellettuale; 2) la congruità e le modalità di determinazione del corrispettivo dei 35.000,00

³ art. 57 del d.lgs.163/06, abrogato dal d.lgs. 50/2016; art. 7, comma 6, lettera b) del d.lgs. 165/01; regolamento sull'ordinamento degli uffici e servizi dell'ente, titolo V in materia di conferimento incarichi professionali.

per la realizzazione del progetto; 3) il termine entro il quale la prestazione doveva essere eseguita.

2.6. Il omissis, infatti, sulla scorta dei rilievi formulati dal Segretario Generale, con la predetta determinazione n. 1124 del 19/02/2018 aveva rettificato le determinazioni nn. 6864/2017 e 778/2018; dopo aver dato atto dell'espletamento dei controlli previsti dalle misure di prevenzione della corruzione, attestava che *"nelle determinazioni n. 6864/2017 e n. 778/2018, per mero errore materiale, [era] stato richiamato l'art. 36, co.2 lettera a) del d.lgs. 50/2016, che disciplina l'affidamento diretto di servizi"* e per l'effetto, dopo una lunga digressione sulla diversità di disciplina tra contratto d'opera intellettuale e contratto di appalto di servizi, conferiva direttamente, senza esperimento di procedura comparativa, al Sig. omissis l'incarico di contratto d'opera intellettuale per la realizzazione del documentario e spot audio video per la promozione delle eccellenze produttive nell'area metropolitana di Napoli (ex artt. 2222 e 2229 del c.c.), atteso il *"carattere personale ed intellettuale della prestazione richiesta"*, così modificando ex post il contratto di appalto di servizi ex art. 1655 c.c., già sottoscritto dalle parti (RCP n. 296 del 15/12/2017), eseguito dal professionista (entro la data del 29/12/2017) e liquidato dalla medesima Amministrazione nel relativo compenso (determinazione n. 1420 del 7/3/2018).

2.7. Il Segretario Generale, con successiva nota n. 49173 del 15/03/2018, significava al Dott. omissis che l'asserita determinazione n. 1124/2018 a *"rettifica"* delle determinazioni precedenti andava invero a *"modificare la fattispecie giuridica da appalto di servizi a prestazione d'opera intellettuale, che ricade in una disciplina del tutto diversa, sia in termini di requisiti, che di procedura che, conseguentemente, di imputazione contabile. Non è possibile, pertanto, con un semplice atto di rettifica mutare ex post la tipologia di contratto, già stipulato ed eseguito, e la relativa imputazione contabile ("altri incarichi professionali" invece di "Pubblicità"). Tanto è vero che la determinazione n. 1124 non è stata trasmessa alla ragioneria per l'acquisizione del visto di regolarità contabile, atteso che tale "rettifica" non sarebbe stata possibile perché, non solo il contratto era stato già stipulato, ma anche la prestazione è stata eseguita nell'anno 2017". "Quanto sopra rappresentato è ancora più avvalorato, alla luce della determinazione n. 1420 del 7.3.2018, mediante la quale la SV ha proceduto a liquidare la prestazione resa dal soggetto individuato con la determinazione indicata in oggetto, confermando la natura giuridica di appalto di servizi, non inserendo il minimo riferimento alla rettifica in questione..."*

Con la predetta nota, inoltre, il Segretario Generale, confermava i rilievi già formulati in merito alla determinazione n. 6864 e rappresentava *"che la fattispecie in esame, costituendo spesa per pubblicità sostenuta dall'ente, ricadendo nella previsione di cui al combinato disposto dell'art. 1 commi 10 e 173 della l. n. 266/2005, andava trasmessa alla competente sezione della Corte dei conti per l'esercizio del controllo successivo (art. 1 comma 173 della legge n. 266/2005)"*.

2.8. Il Dott. omissis con la determinazione n. 1891 del 28/03/2018, verificato l'errore commesso, riteneva *"necessario"* annullare la determinazione n. 1124 del 19.02.2018 adottata a *"rettifica"* delle determinazioni precedenti e con la quale aveva qualificato -ex post- l'incarico conferito al Dott. omissis a titolo di prestazione d'opera intellettuale e, in considerazione del ritenuto *"carattere imprenditoriale prevalente della prestazione in oggetto"* qualificava il rapporto posto in essere con il professionista, al fine della realizzazione del documentario e dello spot audio video, come appalto di servizi. Tale determinazione era trasmessa, altresì, a questa Sezione della Corte ai sensi dell'art. 1, comma 173 della L. 266/2005 (finanziaria 2006) e in

osservanza delle linee guida della relativa attuazione della Sezione della Autonomie (del. 4/AUT/2006) in materia di atti di spesa per studi e incarichi di consulenza, relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità di importo superiore a euro 5.000,00.

3. Tanto premesso, questo Collegio ritiene che l'Amministrazione appaltante con la fattispecie in esame ha conferito, violando la legge sotto plurimi profili, un incarico individuale ai sensi dell'art. 7, commi 6 e 6 bis, del d.lgs. n. 165/2001, la cui disciplina è di seguito riportata.

7.6. *“Fermo restando quanto previsto dal comma 5-bis, per specifiche esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire esclusivamente incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:*

- a) *l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente;*
- b) *l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;*
- c) *la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata;*
- d) *devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico.*

Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, purché senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore. Il ricorso ai contratti di cui al presente comma per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei soggetti incaricati ai sensi del medesimo comma come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti. Il secondo periodo dell'articolo 1, comma 9, del decreto-legge 12 luglio 2004, n. 168, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2004, n. 191, è soppresso. Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 36, comma 3, del presente decreto e, in caso di violazione delle disposizioni di cui al presente comma, fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si applica quanto previsto dal citato articolo 36, comma 5-quater”.

7.6-bis. *Le amministrazioni pubbliche disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione”.*

La fattispecie in esame - procedura di spesa per la realizzazione di documentario e spot audio video - è un'ipotesi di conferimento di incarico individuale, rispondente alle caratteristiche del predetto art. 7, comma 6 citato.

Ciò si evince dalla sequenza degli atti sopra indicata (cfr. sopra punto 2), sin dalla nota (n. 187112 del 26/10/2017) con cui il Consigliere delegato in materia di Personale, piccole e medie imprese della Città metropolitana di Napoli, Avv. omissis, chiedeva alla Direzione pianificazione strategica e politiche comunitarie del Dott. omissis di individuare un regista/artista di comprovata esperienza per la realizzazione del predetto documentario e spot audio video al fine di evidenziare le funzioni della città metropolitana stessa.

Depone in tal senso anche la lettera di invito (nota n. 221907 del 4/12/201) del Dott. omissis, a capo della predetta Direzione, indirizzata al Dott. omissis, unitamente alla richiesta di un dettagliato preventivo economico, del curriculum vitae e di un progetto creativo, al fine di acquisire la disponibilità esclusiva di quest'ultimo professionista per effettuare la prestazione richiesta⁴.

Che la persona del Dott. omissis o fosse apprezzata e voluta al fine di realizzare il predetto progetto audiovisivo, a prescindere da qualsiasi comparazione, risulta oltremodo evidente con la successiva nota, sempre a firma del Dott. omissis (n. 225487 del 7/12/2017), di ringraziamento della disponibilità offerta (con mail in data 5/12/217) dal professionista⁵.

La stessa corrispondenza in ultimo citata evidenzia, inoltre, che il compenso per la prestazione pattuita non è stato determinato sulla base di una comparazione di prezzi di mercato per una prestazione c.d. "tipo", comparando il compenso nell'ambito di una pluralità di professionisti, né sono state, altrimenti, indicate le modalità della sua determinazione. Il compenso liquidato al dott. omissis è stato determinato esclusivamente in base a quanto richiesto dal medesimo professionista. Va sottolineato il fatto che:

- 1) il Dott. omissis, infatti, con mail del 5/12/2017 allegava un preventivo di 45.000,00 euro più Iva, di entità superiore a quanto programmato dall'Ente;
- 2) il Dott. omissis con la citata nota 225487 del 7/12/2017 comunicava al Dott. omissis che quanto richiesto eccedeva il budget (35.000 euro Iva inclusa) approvato prima dal Consiglio metropolitano e poi dal Sindaco metropolitano come limite massimo per il progetto programmato e chiedeva al professionista individuato "se possibile, di conformarsi, ad esso (visto il nobile scopo che con tale progetto si prefigge l'Ente, ossia promuovere il nostro territorio, di cui Lei è tra i migliori rappresentanti").

Dalla documentazione acquisita risulta che il Dott. omissis, a seguito della predetta corrispondenza, ha accettato l'importo offerto dall'Amministrazione, pari a euro 35.000,00 Iva inclusa.

La documentazione acquisita, come in seguito sarà meglio illustrato, dimostra che:

- la scelta del professionista dott. omissis come affidatario del progetto audiovisivo in esame è stata effettuata in assenza di qualunque confronto comparativo, in contrasto con

⁴ ("Molto apprezzate sono le sue magistrali interpretazioni in omissis, popolarissima serie televisiva basata sull'omonimo best seller di Roberto Saviano, nel ruolo di camorrista napoletano trapiantato a Roma e in vari films tra cui I Milionari e Sotto copertura I. Con le sue riconosciute qualità artistiche di attore di cinema e televisivo, autore di testi teatrali e cortometraggi, è da considerare un artista poliedrico tra i migliori rappresentanti di Napoli e della napoletanità. Riteniamo che lei sia, quindi, la persona più idonea per promuovere le eccellenze produttive dell'Area metropolitana di Napoli (...").

⁵ ("Si sottolinea nuovamente che l'incarico è esclusivamente personale e riguarda la realizzazione di un documentario della durata di circa 15 minuti e di uno spot audio video di circa 30 secondi con Lei protagonista, direttore e sceneggiatore").

l'art. 7, comma 6, del TUPI citato e dei principi previsti dall'art. 4 del D.lg n. 50/2016 (tra cui la trasparenza, l'imparzialità e la par condicio) che impongono l'espletamento di una indagine di mercato volta ad assicurare alla P.A. la migliore offerta da un punto di vista qualitativo e quantitativo;

- in conseguenza di quanto accaduto è evidente che il corrispettivo della prestazione richiesta al professionista, pari a 35.000 euro, è stato predeterminato arbitrariamente, in assenza di alcun parametro di riferimento.

4. Contro l'evidenza dei fatti su indicati (cfr. sopra punto n.2) il Dott. omissis ha costruito la fattispecie di conferimento di incarico di realizzazione di un documentario e spot audio video in esame, anziché ai sensi dell'art. 7, comma 6 del TUPI, come un appalto di servizi (art. 1655 cc), per poi qualificarlo ex post - ad attività già espletata e liquidata nel 2017 - come prestazione d'opera intellettuale per attività artistica ex art. 2222 c.c. (determinazione di rettifica n. 1124 del 19.02.2018), salvo poi tornare a ritenere l'incarico conferito come un appalto di servizi (determinazione n. 1891 del 28/03/2018 di annullamento della precedente determinazione).

La illegittimità della procedura di conferimento in esame, e della conseguente spesa, sotto la forma dell'appalto di servizi, risulta, peraltro, essere stata, altresì, oggetto di specifici rilievi come già visto (cfr. sopra punto 3) ad opera del Segretario generale dell'Ente (RU 26235 del 07.02.2018) per la rilevata assenza, nella determinazione n. 6864 del 15.12.2017 e nel conseguente contratto dei requisiti di seguito indicati:

A) riscontrata assenza della verifica del possesso, in capo al soggetto prescelto, dei requisiti di carattere generale ex art. 80 del codice dei contratti;

B) riscontrata assenza della verifica sul mercato elettronico della presenza o meno di bandi attivi per il servizio che si intendeva affidare c.d. "MEPA" ai sensi dell'art. 1 comma 450 della L. n. 296/2006;

C) riscontrata assenza di indicazioni sulla modalità di determinazione dell'ammontare dell'importo del corrispettivo.

Va ribadito che tali rilievi non sono stati superati neanche a seguito della successiva determinazione di rettifica n. 1124, poi annullata. Infatti il Segretario generale (cfr. nota n. 49173 del 15/03/2018) aveva sottolineato che, fermi restando *"i rilievi a suo tempo formulati in merito alla determinazione n. 6864 del 15.12.2017"*, non solo non [erano] stati forniti i chiarimenti previsti, ma [era] stato adottato un atto di "rettifica" del tutto inconferente, che non [poteva] essere considerato una forma di autotutela".

Le vicende occorse inequivocabilmente dimostrano che la fattispecie in esame consiste in un incarico affidato a un professionista esterno ed è riconducibile al contratto d'opera (art. 2222 cod. civ.), in particolare, al contratto d'opera intellettuale (art. 2229 cod. civ.).

Ciò si evince dalle caratteristiche dell'incarico stesso: la *"realizzazione di un documentario e di uno spot audio video in cui siano messe in evidenza le funzioni della città metropolitana e le eccellenze dell'area metropolitana (prodotti agro alimentari, artigianato, abbigliamento, ecc) ed al fine della effettuazione di una idonea campagna promozionale su reti televisive nazionali"*.

E' evidente, ripercorrendo gli approdi giurisprudenziali (cfr. tra le altre, Sezioni Riunite in sede di controllo, deliberazione n. 6/CONTR/2005 del 15 febbraio 2005; Sezione delle Autonomie, deliberazione n. 6/AUT/2008; Sezione regionale di controllo Lombardia, deliberazioni n. 355/2012/PAR, n. 51/2013/PAR, n. 236/2013/PAR e n. 178/2014/PAR.), che nella fattispecie in esame sia prevalente il "*carattere personale o intellettuale della prestazione*" nella persona del Dott. omissis, anziché quello imprenditoriale in cui assume rilievo, assieme al requisito della gestione a proprio rischio, la qualità di imprenditore commerciale (art. 2195 cod. civ.), ovvero l'organizzazione dei mezzi necessari.

L'attività resa dal Dott. omissis si configura, infatti, come evidenziato dalla documentazione acquisita e su indicata, come una prestazione d'opera intellettuale con obbligo di compiere, dietro corrispettivo, un servizio a favore del committente, senza vincolo di subordinazione e con assunzione del relativo rischio, con lavoro prevalentemente proprio e senza una necessaria organizzazione (art. 2222 c.c.).

Dalla documentazione istruttoria acquisita risulta che il Dott. omissis ha reso una prestazione professionalmente autonoma di attore/regista e, in specie, di "*intermediario*" nei confronti di altra impresa ("*beatrice communication management*") avente mezzi e beni necessari per la realizzazione del prodotto audiovisivo richiesto (cui risultano intestati i due preventivi rispettivamente il primo di 45.000,00 euro e il secondo di 35.000,00 euro Iva inclusa).

Alla luce di quanto dedotto, la dichiarazione ai fini fiscali resa da omissis di aver fornito "*servizi di impresa*", presente agli atti di causa e allegata dall'Ente a dimostrazione della qualificazione della fattispecie in esame come appalto di servizi, è del tutto irrilevante rispetto alla fattispecie lavorativa prestata e alle sue caratteristiche oggettive che, per come risulta sopra evidenziata dalla concatenazione degli accadimenti e dello svolgersi procedimentale della spesa liquidata per euro 35.000,00, si prestano ad a qualificarla come affidamento di incarico di un contratto d'opera intellettuale (artt. 2222 e 2229 c.c.). In realtà, anche la necessità di utilizzare, da parte di un professionista, mezzi compresi tra gli ordinari strumenti cognitivi ed operativi a disposizione di qualunque lavoratore del settore, non è sufficiente a far ritenere che il contratto debba essere inquadrato nell'appalto di servizi (cfr. parere n. 178/2014 SRC Lombardia).

La fattispecie in esame, in considerazione del suo oggetto ("*produzione di un documentario televisivo più uno spot*") rientra nell'ipotesi dei c.d. "*servizi esclusi*" del codice dei contratti (art. 17 comma 1 lettera B) del d.lgs. 50/2017), ai sensi del quale: "*Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi aventi ad oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati ai servizi di media audiovisivi o radiofonici che sono aggiudicati da fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici, ovvero gli appalti, anche nei settori speciali, e le concessioni concernenti il tempo di trasmissione o la fornitura di programmi aggiudicati ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici. Ai fini della presente disposizione il termine «materiale associato ai programmi» ha lo stesso significato di «programma»*".

Nei casi indicati -prosegue il Codice dei contratti- si applicano comunque i principi dettati dall'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, il quale prevede che: «*l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi in tutto o in parte [...] avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*».

Pertanto, l'Amministrazione nell'attribuire l'incarico in esame, non qualificabile come appalto di servizi:

1) da un lato, avrebbe dovuto seguire comunque i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e avrebbe dovuto, in estrema sintesi, rispettare il principio di concorrenza, che invece è stato palesemente violato⁶; 2) per altro verso, si sarebbe dovuto applicare, proprio per il carattere "escluso", la disciplina di diritto interno prevista per le prestazioni, anche occasionali, di lavoro autonomo, costituito dall'art. 7 TUPI e dal codice civile.

L'art. 7, comma 6, TUPI impone infatti di rispettare lo standard di pubblicità, trasparenza e concorrenzialità, previsto agli artt. 4 e 17 del Codice dei contratti, estendendo il suddetto standard anche nel caso dei contratti per cui la prestazione da rendere alla PA non abbia carattere complesso. Incidentalmente, si rammenta che l'art. 7 citato costituisce la codificazione di principi e di consolidate massime giurisprudenziali in merito ai presupposti di legittimità e ai requisiti per il conferimento di incarichi esterni (già in tal senso cfr. SRC Lombardia, delib. n. 224/08). Questi presupposti e requisiti elaborati dalla giurisprudenza amministrativa e contabile –nonché recepiti dal Legislatore– possono essere sintetizzati in alcuni precetti che di seguito si espongono. L'amministrazione, segnatamente, deve:

- a) verificare che la prestazione richiesta sia inerente alle proprie finalità istituzionali, determinate, come è noto, dalla legge e da altre fonti del diritto aventi pari forza o superiore (c.d. inerenza);
- b) avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno (c.d. non intraneità);
- c) sul piano qualitativo, l'amministrazione deve anche aver verificato che per la espletazione dell'incarico esterno sia motivata da una particolare *expertise* di carattere particolarmente qualificato (c.d. specialità) disponibile solo sul mercato.

Dalla combinazione di questi ultimi due elementi (non intraneità e specialità), la giurisprudenza consolidata ne ricava che:

- a) la non intraneità deve essere in linea di principio qualitativa (cfr. Sez. centr. prev. leg. n. 356/2012 del 4 gennaio 2012);
- b) non può farsi ricorso ad un incarico di collaborazione autonoma per le c.d. "collaborazioni normali" (c.d. "non ordinarietà"), ovvero per lo svolgimento delle funzioni ordinarie dell'ente.
- d) la prestazione deve avere carattere temporaneo ex lett. d ed e del comma 6⁷.
- e) Sul piano procedurale,
e.1. "il conferimento dell'incarico deve essere preceduto da procedure selettive di natura concorsuale ed adeguatamente pubblicizzate" (SRC Lombardia, n. 37/09).

⁶ Quest'ultimo principio, benché non menzionato esplicitamente, è richiamato dall'ANAC e dalla disciplina comunitaria in conformità alle previsioni della direttiva 2014/24/UE (cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici, C 179, 1.8.2006).

⁷ Se l'esigenza cui l'ente fa fronte con l'incarico cessa di essere temporanea e si stabilizza o tende a porsi nei fatti come funzione "a regime", l'ente dovrà perciò sondare la possibilità di stabilizzare il rapporto in forme di lavoro subordinato ovvero, sempre che ne sussistano gli estremi ai sensi dell'art. 6-bis TUPI (cfr. SRC Lombardia n. 355/2012/PAR del 30 luglio 2012), esternalizzare l'attività in regime di appalto.

e.2. La determinazione con cui viene affidato l'incarico esterno deve essere contrassegnata da una specificata motivazione che muova dai requisiti sostanziali di cui sopra. L'art. 1, comma 42, della Legge 311/2004, infatti, ha specificamente previsto che l'atto di affidamento deve essere «*adeguatamente motivato con specifico riferimento all'assenza di strutture organizzative o professionalità interne all'ente in grado di assicurare i medesimi servizi*». «*L'affidamento dell'incarico deve essere preceduto perciò da un accertamento reale, che coinvolge la responsabilità del dirigente competente, sull'assenza di servizi o di professionalità, interne all'ente, che siano in grado di adempiere l'incarico*» (cfr. Sezioni Riunite in sede di controllo, deliberazione n. 6/2005). La motivazione, inoltre, non può non indicare le ragioni che hanno portato a scegliere e preferire il soggetto destinatario dell'incarico. Tali motivazioni, oltre che dai verbali della procedura, devono emergere, anche *per relationem*, in sede di determinazione dirigenziale d'incarico.

e.3. La determinazione di affidamento deve essere altresì sottoposta alla valutazione del revisore o del collegio dei revisori dei conti. («*L'intervento del revisore contabile è necessario quale titolare di funzioni di controllo interno all'ente e di raccordo con gli organi di controllo esterno*»; cfr. Corte Conti, SRC Lombardia, delib. n. 506/2010/PAR del 23 aprile 2010; SRC Piemonte, deliberazione n. 23/2010/PAR del 18 marzo 2010).

e.4. L'obbligo di pubblicazione degli elenchi sul sito web. La Legge finanziaria per il 2008 (art. 3, comma 54) modificando il comma 127, art. 1, della Legge n. 662/1996, ha imposto alle amministrazioni che si avvalgono di collaboratori esterni o che affidano incarichi di consulenza per i quali è previsto un compenso, di pubblicare sul proprio sito web i relativi provvedimenti, con l'indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato. Tale disposizione prevede un vincolo sull'efficacia del provvedimento d'incarico, che fino alla pubblicazione sul sito, non può produrre i suoi effetti. Tale obbligo di pubblicità, insieme agli obblighi di comunicazione all'anagrafe delle prestazioni di cui all'art. 53 TUIPI, si aggiungono ai contenuti necessari dei siti web istituzionali indicati dall'articolo 54 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale) e sono oggi ribaditi dall'art. 15 del D.lgs. n. 33/2013.

La legge quindi prevede come condizione per l'acquisizione dell'efficacia dell'atto e per la liquidazione dei relativi compensi:

- la trasmissione al Dipartimento della funzione pubblica dei dati relativi ai sensi dell'articolo 53, comma 14, secondo periodo, del D.lg n. 165/2001;
- la pubblicazione sul sito web (art. 15, comma 2 del D.lg n. 33/2013). Il successivo comma 3 stabilisce che, in caso di omessa pubblicazione di quanto previsto al comma 2, il pagamento del corrispettivo determina la responsabilità del dirigente che l'ha disposto, accertata all'esito del procedimento disciplinare, e comporta il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta, fatto salvo il risarcimento del danno del destinatario ove ricorrano le condizioni di cui all'articolo 30 del D.lgs. n. 104/2010.

Il Legislatore ha infatti introdotto una serie di obblighi di pubblicità e trasparenza, volti a garantire la concorrenzialità e l'efficienza della spesa:

- in primo luogo, le procedure di affidamento devono essere pubbliche (comma 6-bis, art. 7 D.lgs. n. 165/2001);

- in secondo luogo, deve essere espletata una procedura competitiva di selezione, considerata dalla giurisprudenza amministrativa un adempimento essenziale per la legittima attribuzione di incarichi di collaborazione (TAR Puglia n. 494/2007). Infatti *“l’affidamento di incarichi di consulenza e/o di collaborazione da conferire a soggetti esterni alla Pubblica amministrazione non può prescindere dal preventivo svolgimento di una selezione comparativa adeguatamente pubblicizzata”* (Cons. St., sez. V, sent. 28 maggio 2010, n. 3405).

5. Preme far rilevare, inoltre, che non appare conferente il richiamo effettuato nelle note difensive dall’Amministrazione all’art. 73, comma 1 lett. b) del Regolamento dell’Ente sull’ordinamento degli uffici e dei servizi⁸ per giustificare il mancato espletamento della procedura comparativa.

Al riguardo, il predetto Regolamento, al titolo V - Incarichi di collaborazione esterna - dopo aver stabilito, in via generale, all’art 67, comma 2 lett. d), che tra i presupposti di legittimità degli incarichi da conferire vi è il principio per cui l’individuazione del soggetto cui conferire l’incarico di collaborazione esterna deve avvenire a seguito di procedura comparativa, disciplina, all’art 73, alcune eccezioni tra le quali, vanno annoverate anche le *“... attività comportanti prestazioni di natura artistica o culturale non comparabili”* (vedi lettera b).

Si osserva, peraltro, che le citate determinazioni dirigenziali di conferimento di incarico al Dott. omissis e la documentazione in esse richiamata non forniscono indicazioni sul carattere artistico unico e non paragonabile della prestazione richiesta, consistente - va ribadito - in un documentario e spot audio video di promozione delle eccellenze della napoletanità.

I provvedimenti esaminati si limitano, infatti, a sottolineare le indiscusse *qualità artistiche del Dott. omissis quale “attore di cinema e televisivo”, “autore di testi teatrali e cortometraggi”, “riconosciuto artista poliedrico”, tra “i migliori rappresentanti di Napoli e della napoletanità”* (cfr. sopra la lettera di invito del Dott. omissis n. 221907 del 4/12/2017). Esse, tuttavia, non costituiscono *“caratteristiche oggettive” qualificanti un prodotto artistico.*

Peraltro, l’attuale *“parterre”* di attori, autori, sceneggiatori napoletani, anche alla luce del principio della parità e pari opportunità tra uomini e donne ex art. 7, comma 1 del TUPI, non può essere disconosciuto ad esclusivo vantaggio del Dott. omissis, le cui *“doti”* artistiche non sono in discussione. Trattasi, tuttavia, di attributi che non assurgono a rango di *“unicità”* in chi le possiede. Analoghe doti sono riscontrabili in altri attori; da qui sorge l’esigenza di una loro comparazione.

Di contro di tale asserita *“apodittica”* incomparabilità non viene fornita nella documentazione acquisita alcuna ragionevole motivazione, né sembra comprendersi la ragione per cui la stessa prestazione richiesta, da un punto di vista qualitativo, non potesse essere assicurata da altrettanto noti professionisti/e campani del settore, parimenti capaci di raggiungere con efficacia i medesimi obiettivi prefissati dall’Amministrazione tra i quali quello *“... di promuovere le eccellenze produttive dell’Area metropolitana di Napoli e trasferire al grande pubblico un messaggio di rinascita che sta vivendo il territorio metropolitano ...”*

⁸ Cfr. deliberazione del Consiglio Provinciale n. 227/1996, aggiornata con deliberazione di Consiglio provinciale n. 292/2008 e della Giunta provinciale n. 1081/2008, incorporata dalla città metropolitana ex legge del 7/4/2014, n. 56.

Il omissis con le memorie deduttive (nota n. CdC 3635 del 26.06.2018) ha giustificato la preferenza accordata al dott. Dott. omissis evidenziando, sinteticamente, che: la vicenda si era svolta nel periodo in cui era crescente l'attesa per la messa in onda della terza edizione dello sceneggiato "omissis"; la cronaca registrava una "recrudescenza di episodi di microcriminalità"; era concreto il rischio di fenomeni "emulativi delle gesta dell'associazione a delinquere di tipo mafioso" per effetto del predetto sceneggiato. Di qui era nata l'idea di proiettare in apertura dell'ultima puntata della fiction un cortometraggio che potesse rappresentare la "Napoli vera", in contrapposizione a quella "marcatamente e negativamente romanzata" di omissis. A tal fine il Dirigente specificava che l'incarico non poteva ricadere se non sul Dott. omissis, *"in quanto la prestazione resa anche dal più blasonato attore attualmente attivo, non avrebbe avuto l'impatto auspicato dagli spettatori, vanificando ab imis l'azione di valorizzazione della positività di Napoli e del suo hinterland. Non occorre, quindi, rivolgersi ad un attore e neppure ad un attore napoletano. Era necessario che si trattasse di un personaggio riconosciuto e legittimato agli occhi degli stessi spettatori: un personaggio di omissis; si riteneva unica via efficace, infatti, quella della contrapposizione del bene al male"*.

E' però da rilevare che nulla di tutto ciò risulta evidenziato nelle plurime determinazioni di affidamento di incarico. Va, in proposito, osservato che ai sensi dell'art. 3 della legge sul procedimento (l. n. 241/90, come modificata dalla legge n. 15/2005), operando prevalentemente nei confronti degli "amministrati", il provvedimento amministrativo non può mancare di dare ragione dei suoi "presupposti", e cioè dei fatti permissivi o costitutivi assunti alla base dell'adozione di un determinato atto, pena la ravvisabilità di un vizio del presupposto stesso, suscettibile di determinarne l'annullamento. Si ricorda, infatti, che attraverso la motivazione l'Amministrazione rende ragione dei fattori legittimanti il potere esercitato con l'adozione di un determinato provvedimento. La motivazione deve essere esternata attraverso espressioni idonee e deve essere percepibile ai soggetti nella cui sfera il provvedimento va ad incidere.

In merito, si osserva che tra i presupposti dei provvedimenti di affidamento dell'incarico de quo risultano esplicitati la necessità di "promuovere l'economia del territorio attraverso il sostegno ai settori produttivi di eccellenza; valorizzare il patrimonio di tradizioni, attività artigianali e prodotti agro-alimentari tipiche del territorio napoletano; ideazione del Brand della Città metropolitana di Napoli da attribuire alle eccellenze del territorio napoletano".

Si osserva inoltre che non è condivisibile l'articolata difesa del Dott. omissis a sostegno dell'infungibilità del Dott. omissis - di cui nessuno mette in dubbio la professionalità- nella realizzazione dello spot in esame, qualificato come "opera d'arte commissionata" ... "al fine di restituire fattezze reali ad un cattivo a rischio emulazione" (pag. 4 della nota 3635 del 26.06.2018).

E' noto che lo sceneggiato/serie omissis, in effetti, presenta altre innumerevoli figure di attori "cattivi" parimenti idonei a realizzare gli scopi perseguiti. Se quindi il fine- peraltro mai esplicitato tra i presupposti delle determinazioni esaminate - era quello di utilizzare le "figure delinquenziali" del film "omissis" per accreditarle alla luce dei positivi valori dell'Ordinamento civile, è evidente che era possibile effettuare una comparazione almeno tra i personaggi malavitosi del film. Il omissis stesso nella nota difensiva (pag. 5), rappresenta che "la scelta del dott. omissis quale protagonista dello spot in parola risulta[va] pressochè obbligata. La prospettata procedura comparativa, nel caso di specie è stata effettuata in quanto, tra i "criminali"

della fiction, è stato scelto l'attore con un percorso artistico di maggior spessore ed unanimemente riconosciuto come "il cattivo" per antonomasia". Il che vuol dire che la comparazione tra i professionisti all'interno del film *omissis* è rimasta del tutto informale, priva di concreta verificabilità. E' indubbio che la caratterizzazione spiccatamente personalistica dell'incarico de quo- da cui discende in modo evidente l'erroneità della costruzione in esame come appalto di servizi ai sensi dell'art. 1665 c.c. - richiedeva un confronto competitivo mai avvenuto.

In ogni caso, anche considerando la fattispecie in esame come appalto di servizi, ma comunque rientrante nella categoria dei "contratti esclusi" ai sensi degli artt. 17 e 4 del d.lgs. 50/2016, avrebbero dovuto osservarsi i principi generali dell'*agere* amministrativo (art. 97 Cost.) ovvero della economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità. Tali principi nella fattispecie in esame sono stati totalmente pretermessi.

6. Nel caso di specie trovano applicazione, come ampiamente motivato in precedenza, la disciplina generale di cui all'art. 7, commi 6 e 6 bis, del d.lgs. n. 165/2001 e le disposizioni normative nel frattempo intervenute in materia di incarichi. Va sottolineato che la ridetta determinazione dirigenziale di affidamento dell'incarico in esame è stata adottata in assenza di una valutazione comparativa chiara, esplicita e verificabile, sull'erroneo presupposto che la fattispecie in esame configurasse un appalto di servizi infra soglia comunitaria, che ammette l'affidamento ad un determinato operatore economico, da inquadrare nella fattispecie di cui alla lettera b), comma 2, dell'art. 57 del d.lgs. 163/06 e dell'art. 36, comma 2, lettera a) del d.lgs. 50/2016. Quella in esame si appalesa, invero, allo stato degli atti, come una prestazione d'opera intellettuale.

6.1. In quanto tale, la fattispecie in esame rientra nella categoria dei servizi esclusi ed è sottoposta alla disciplina sua propria ovvero all'art. 7, comma 6, del TUPI integrata dai principi previsti dall'art. 4 del D.lg n. 50/2016 "economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, imparzialità, pubblicità"; pertanto, da parte della Città metropolitana avrebbe dovuto essere svolta un'indagine di mercato, ovvero una procedura comparativa, allo scopo di assicurare alla P.A. la migliore offerta da un punto di vista qualitativo e quantitativo.

6.2. Da tale inquadramento discende che nella fattispecie in esame non è stato acquisito il parere del Collegio dei revisori dell'ente ai sensi dell'art. 1, comma 42 della L. n. 311/2004, parere la cui obbligatorietà tuttora sussiste secondo la giurisprudenza di questa Corte (SRC Lombardia, deliberazioni nn. 213/2010; 506/2010; SRC Piemonte 69/2011).

6.3. Non risultano rispettati gli obblighi di comunicazione e pubblicità: il conferimento di siffatto incarico non è stato comunicato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica ai sensi dell'articolo 53, comma 14, secondo periodo, del D.lgs. n. 165/2001 né è stata curata la pubblicazione sul sito web ai sensi dall'art.15, comma 2 del D.lgs. n. 33/2013 (ma solo la pubblicazione nell'albo pretorio).

6.4. L'atto di conferimento dell'incarico in questione si appalesa in contrasto con la normativa vigente anche in ordine alla mancata inclusione nel programma di competenza del Consiglio della Città Metropolitana ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. n. 267/2000, dovendosi altresì osservarsi l'obbligo della programmazione sancito dall'art. 3, comma 55, della legge n. 244/2007 così come modificato dall'art. 46, comma 2, del d.l. n. 112/2008 ("55. L'affidamento

da parte degli enti locali di incarichi di studio o di ricerca, ovvero di consulenze, a soggetti estranei all'amministrazione puo' avvenire solo nell'ambito di un programma approvato dal consiglio ai sensi dell'articolo 42, comma 2, lettera b), del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267").

6.5. Il Compenso pattuito e liquidato di 35.000,00 euro per il progetto audiovisivo risulta arbitrariamente determinato, pur rimanendo fissato nell'ammontare delle risorse disponibili. Va evidenziato che già il Collegio dei revisori nel parere espresso in ordine alla proposta di variazione al bilancio (verbale n. 62 del 29/11/2017) aveva sollevato, tra l'altro, perplessità in ordine ai criteri seguiti per la determinazione del compenso da corrispondere. Le medesime perplessità in termini di scarsa trasparenza del corrispettivo pattuito, peraltro, sono state sollevate dal Segretario generale dell'Ente, con la sopradetta nota n. 26235 del 7/2/2018, nella quale venivano evidenziate, tra l'altro, *"la mancata indicazione delle modalità di determinazione dell'importo del servizio"* nonché *"... la mancata attestazione della congruità del prezzo secondo quanto richiesto dalle Linee Guida ANAC n. 4 ..."* che disciplinano gli affidamenti sotto soglia.

Non è chi non veda come, in assenza del ricorso al mercato, la determinazione dell'importo del prezzo della prestazione richiesta da porre a base delle trattative con il soggetto prescelto deve avvenire in maniera oltremodo trasparente, contrariamente a quanto avvenuto nel caso di specie, in cui l'Amministrazione si è limitata ad accettare il preventivo offerto dal professionista, riducendolo al limite del budget programmato.

Sarebbe stato necessario che la stazione appaltante, in sede di determinazione a contrarre, avesse preventivamente stabilito i valori della prestazione da richiedere al fine di verificare la congruità della base negoziale e così assicurare il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza. Cosa che la Città metropolitana non ha fatto, essendosi limitata ad attestare la congruità del corrispettivo pattuito solo ex post con la determinazione di rettifica (cfr. sopra determinazione di rettifica n. 1124 del 19.02.2018), quando la prestazione era già stata eseguita e liquidata.

L'assenza di una selezione tra più concorrenti, come nel caso in esame, avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a evidenziare, nella determinazione dirigenziale iniziale di affidamento di incarico, la congruità del prezzo concordato, compreso entro una forcella di prezzi per affidamenti di similari prestazioni (effettuati in precedenti occasioni dalla stessa amministrazione o da altre amministrazioni e reperiti on line dai siti dell'amministrazione trasparente), anche al fine di impedire il rischio concreto, in assenza di un qualsiasi paragone/confronto tra preventivi, la formulazione di prezzi eccessivamente alti e fuori mercato.

Conclusivamente, il Collegio ritiene che il pagamento della somma di euro 35.000,00 come corrispettivo per l'incarico conferito dalla Città Metropolitana di Napoli nell'ambito dell'iniziativa *"Progetto promozione delle eccellenze produttive dell'Area metropolitana di Napoli..."* ad un professionista esterno per la realizzazione di un documentario e di uno spot audio video come sopra illustrato costituisce una spesa illegittima, indipendentemente da eventuali profili di responsabilità amministrativo-contabile, di competenza della Procura Regionale di questa Corte.

In definitiva, il pagamento della somma di € 35.000,00, ad avviso del Collegio, è una spesa illegittima, in quanto, risulta adottata in violazione dei parametri normativi e giurisprudenziali sopra indicati.

P.Q.M.

La Corte dei conti Sezione regionale di controllo per la Campania

Dichiara illegittima la procedura di spesa all'esito delle determinazioni dirigenziali nn. 6864 del 15/12/2017, n. 778 del 02/02/2018, n. 1124 del 19/02/2018, 1891 del 28/03/20184 della Città metropolitana di Napoli dettagliatamente indicate in epigrafe.

Dispone che, a cura della Segreteria, copia della presente deliberazione sia trasmessa:

- agli organi di vertice della Città Metropolitana di Napoli e al Segretario generale;
- ai sensi dell'art. 52 del Codice della giustizia contabile (d.lgs. n.174/2016), alla competente Procura della Corte dei conti per tutti i profili di potenziale competenza in materia di responsabilità amministrativa-contabile.

L'Estensore
Rossella Bocci

Il Presidente
Fulvio Longavita

Depositata in Segreteria
18 luglio 2018
Il Direttore della Segreteria
(Mauro Grimaldi)