



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 68 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Unicredit S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giorgio Pedinelli in Trento, via Grazioli 7;

contro

Comune di Borgo Valsugana, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliata per legge in Trento, largo Porta Nuova n. 9;

Comune di Carzano, non costituito in giudizio;

Gestione Associata Servizio Finanziario e Gestione Entrate dei Comuni di Borgo e Carzano, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Banca Sella Nord Est Bovio Calderari S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento del Comune di Borgo Valsugana n. 2242 del 3.2.2012 contenente "Invito a presentare offerta per l'eventuale affidamento del contratto di deposito a termine";

nonché (con motivi aggiunti) per l'annullamento:

- della deliberazione della Giunta comunale di Borgo Valsugana n. 33 dell'8.3.2012 (pubblicata sull'Albo pretorio il 12.3.2012), con la quale è stato disposto:

1) l'affidamento del contratto di deposito a termine a favore della Banca Sella Nord Est Bovio Calderari S.p.a.;

2) l'investimento della liquidità eccedente il fabbisogno di cassa di euro 1.200.000,00 presso la succitata Banca Sella;

3) di procedere alla stipulazione del relativo contratto mediante scambio di corrispondenza;

- ove occorrer possa, del "verbale di valutazione della migliore offerta per l'eventuale affidamento del contratto di deposito a termine" citato nella deliberazione della Giunta comunale n.33 dell'8.3.2012;

- del mandato di pagamento n. 0000606 emesso in data 13.3.2012 dal Comune di Borgo Valsugana con il quale il predetto Comune ha disposto il trasferimento di euro 1.200.000,00 a favore della Banca Sella Nord Est Bovio Calderari S.p.a., succursale di Borgo Valsugana.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Borgo Valsugana;
Viste le memorie difensive;
Vista la propria ordinanza 6.4.2012, n. 55, confermata dal Consiglio di Stato, sez. V, con ordinanza 1.8.2012, n. 3173, con cui è stata accolta l'istanza cautelare presentata dalla parte ricorrente;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2012 il cons. Lorenzo Stevanato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La banca ricorrente svolge il servizio di tesoreria per il Comune di Borgo Valsugana in base alla convenzione 30.11.2007, essendosi aggiudicata la relativa gara d'appalto.

L'art. 2 del relativo capitolato speciale stabilisce, conformemente all'art. 24 del D.P.Reg. 1.2.2005, n. 4/L, che "ogni deposito, comunque costituito, è intestato al Comune e viene gestito dal tesoriere".

Con l'impugnato provvedimento dirigenziale 3.2.2012 è stato bandito un "Invito a presentare offerta per l'eventuale affidamento del contratto di deposito a termine".

A sostegno del ricorso si deduce:

- 1) violazione della convenzione di tesoreria e dell'art. 24 del D.P.Reg. 1.2.2005, n. 4/L che affidano al tesoriere la gestione di ogni deposito intestato al Comune;
- 2) incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere per violazione dei principi sul contrarius actus, essendosi implicitamente revocata la delibera di affidamento alla ricorrente del servizio di tesoreria;
- 3) violazione degli artt. 24 e ss. L.p. 23/1992 per mancato avviso di avvio del procedimento di ritiro;
- 4) violazione degli artt. 20, 54 e 57 del D.lgs. 163/2006; violazione della L.p. 23/1992 ed eccesso di potere, essendo stata indetta una trattativa privata senza che ne ricorressero i presupposti e senza pubblicazione di un bando;
- 5) in subordine, violazione degli artt. 20 e 70 del D.lgs. 163/2006, in quanto il termine per la ricezione delle offerte non poteva essere inferiore a venti giorni;
- 6) inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto.

Con motivi aggiunti, successivamente notificati, è stata impugnata la deliberazione della Giunta comunale di Borgo Valsugana n. 33 dell'8.3.2012, con la quale è stato disposto:

- 1) l'affidamento del contratto di deposito a termine a favore della Banca Sella Nord Est Bovio Calderari S.p.a.;
- 2) l'investimento della liquidità eccedente il fabbisogno di cassa di euro 1.200.000,00 presso la succitata Banca Sella;
- 3) di procedere alla stipulazione del relativo contratto mediante scambio di corrispondenza. E' stato inoltre impugnato il mandato di pagamento n. 0000606 emesso in data 13.3.2012 dal Comune di Borgo Valsugana con il quale il predetto Comune ha disposto il trasferimento di euro 1.200.000,00 a favore della Banca Sella Nord Est Bovio Calderari S.p.a., succursale di Borgo Valsugana.

Con i motivi aggiunti sono dedotte:

- 1) illegittimità derivata;
- 2) illegittimità in via diretta per violazione degli artt. 19, 20, 54 e 57 del D.lgs. 163/2006; violazione della L.p. 23/1992 ed eccesso di potere, in quanto il contratto de quo non rientra tra i servizi finanziari ma tra quelli bancari, sicché non fa parte di quelli esclusi dall'applicazione del codice dei contratti.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e, nel merito, ha controdedotto alle censure avversarie.

L'istanza cautelare proposta da parte ricorrente è stata accolta dal Collegio nel rilievo che

“ad una prima sommaria deliberazione tipica della fase cautelare ed impregiudicata ogni definitiva decisione in rito, nel merito e sulle spese di giudizio, il Collegio osserva che, quanto alla giurisdizione, non si tratta di verificare la liceità degli atti impugnati emessi in più o meno corretta esecuzione del rapporto contrattuale del servizio di tesoreria in essere fra il Comune e Unicredit, ma la legittimità dell'esercizio del potere amministrativo inerente forme di investimento delle disponibilità di cassa dell'amministrazione comunale, che ha condotto alla nascita di un nuovo rapporto negoziale, instaurato senza l'osservanza delle procedure dell'evidenza pubblica...in relazione a tale profilo: l'art. 19, primo comma, lett. d), del D.Lgs. 163/2006 esclude dall'ambito applicativo del codice dei contratti pubblici gli accordi “concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari, in particolare le operazioni di approvvigionamento in denaro o capitale delle stazioni appaltanti...”; il successivo art. 20, comma 2, dello stesso Codice prescrive che “gli appalti di servizi elencati nell'allegato II A sono soggetti alle disposizioni del presente codice”; a sua volta l'allegato II A, cat. 6, lett. b) contempla i “servizi bancari e finanziari”, ad esclusione dei contratti dei servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari, nonché dei servizi forniti dalla banca centrale...l'affidamento del contratto di deposito a termine sembra configurare un tipico servizio bancario reso da un istituto di credito, come tale rientrando nella richiamata categoria n. 6 dell'allegato II A ed in quanto tale soggetto alle disposizioni del codice dei contratti, ai sensi dell'art. 20, comma 2, del citato D.Lgs. n. 163/2006; che, pertanto, la controversia in esame ha per oggetto un procedimento di affidamento di una prestazione di carattere bancario da espletarsi, secondo le oggettive pretese della ricorrente, seguendo le regole pubblicistiche, rientrando perciò in una delle ipotesi dell'art. 133 c.p.a....l'art. 24 del D.P.Reg. 1 febbraio 2005 n. 4/L (Testo Unico delle leggi regionali sull'ordinamento contabile e finanziario dei comuni della Regione Autonoma Trentino –Alto Adige), dopo aver chiarito al primo comma che il servizio di tesoreria consiste nel complesso delle operazioni legate alla gestione finanziaria del Comune e finalizzate in particolare alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese ed alla custodia dei fondi, titoli, valori e tutti gli adempimenti connessi previsti dalla Legge e dallo Statuto, dispone al terzo comma che “ogni deposito, comunque, costituito”, intestato al Comune, deve essere gestito dal Tesoriere;... al di là dell'intento, pur virtuoso, del Comune di mettere a miglior frutto il denaro pubblico - in base alla formula onnicomprensiva del richiamato art. 24, l'operazione contestata non sembra esulare dall'ambito della “gestione finanziaria del Comune”, già affidata a Unicredit, ai sensi dell'art. 2 del capitolato speciale di tesoreria...”.

Ciò premesso, va anzitutto esaminata l'eccezione di difetto di giurisdizione, opposta dalla difesa del Comune.

L'eccezione è svolta nell'assunto che la controversia riguardi una pretesa violazione della disciplina contrattuale del servizio di tesoreria che involgerebbe questione di diritti soggettivi, riservata alla cognizione del giudice ordinario.

L'eccezione è tuttavia infondata, alla luce dei noti e consolidati principi processuali sul “petitum sostanziale”. La presente controversia, infatti, non ha ad oggetto l'accertamento di pretesi diritti o dell'inadempimento di obbligazioni contrattuali, bensì la determinazione amministrativa di contrarre, al fine di acquisire un servizio bancario di deposito, mediante trattativa privata previa gara informale.

Perciò, non è in contestazione la validità e l'efficacia del contratto di tesoreria già in corso con la società ricorrente: il petitum sostanziale dedotto in giudizio si identifica, in realtà, nella contestazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi comunali di indizione e svolgimento del procedimento pubblicistico di trattativa

privata previa gara informale.

Invero, da parte della ricorrente si contesta sia la legittimità dell'esercizio del potere in sé, sia il procedimento seguito per la scelta del contraente.

Ebbene, l'art. 133 del c.p.a. assegna al g.a. la cognizione di tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale e regionale, e non introduce alcuna distinzione o limite, quanto all'applicazione delle regole del processo, in relazione all'oggetto dell'appalto o alla tipologia del servizio e della fornitura.

Dunque, la giurisdizione appartiene a questo Giudice.

Nel merito, il Collegio ritiene di non doversi discostare dall'orientamento assunto in sede cautelare.

E' opportuno riassumere, al riguardo, brevemente i termini della controversia.

Con provvedimento del Responsabile della Gestione Associata Servizio Finanziario e Gestione Entrate dei Comuni di Borgo e Carzano datato 3 febbraio 2012, è stata indetta una trattativa privata per l'affidamento ad un istituto di credito del contratto di deposito a termine della liquidità eccedente il fabbisogno di cassa del Comune.

Al predetto procedimento sono stati invitati a partecipare n. 8 istituti di credito.

Quindi, all'esito di tale gara informale, con deliberazione della Giunta comunale di Borgo Valsugana n. 33 dell'8.3.2012 è stato disposto l'affidamento del predetto contratto a favore della Banca Sella Nord Est Bovio Calderari S.p.a. e, con successivo mandato di pagamento n. 606 emesso in data 13.3.2012 dal Comune di Borgo Valsugana, è stato disposto il trasferimento di euro 1.200.000,00 a favore della Banca suddetta.

Ora, l'art. 24 del D.P.Reg. 1 febbraio 2005 n. 4/L (Testo Unico delle leggi regionali sull'ordinamento contabile e finanziario dei comuni della Regione Autonoma Trentino –Alto Adige) dispone al terzo comma che “*ogni deposito, comunque costituito*”, intestato al Comune, deve essere gestito dal tesoriere.

Tale norma è stata letteralmente trasfusa nel capitolato speciale che regola il servizio di tesoreria comunale.

Se dunque qualsiasi tipo di deposito bancario “*comunque costituito*” rientra nel servizio di tesoreria, il Comune di Borgo Valsugana non poteva estrapolare singoli servizi e prestazioni ricompresi nel contratto in corso con la ricorrente con la distrazione delle relative somme, al fine di costituire una diversa forma di deposito fruttifero, se non violando la legge provinciale.

Inoltre tale determinazione ha finito per costituire un provvedimento di ritiro parziale dei precedenti atti di affidamento del servizio di tesoreria, in violazione dei principi che regolano la disciplina del *contrarius actus* e dell'autotutela amministrativa.

A contrastare le esposte considerazioni non possono valere le diffuse argomentazioni difensive svolte dall'amministrazione, secondo le quali nella specie si tratterebbe di una forma di investimento lucrativa e redditizia per l'amministrazione depositante.

L'assunto non appare condivisibile, stante la natura mista del contratto di deposito bancario, nel quale alla finalità di custodia e gestione del danaro del depositante si accompagna anche quella di remunerazione del capitale.

Vale ricordare, al riguardo, che circa la natura del contratto di deposito bancario – seppur ancora discussa in dottrina, la quale, per una parte, lo fa rientrare nel deposito irregolare, mentre per altra parte lo considera un negozio complesso che, pur partecipando della struttura del deposito e del mutuo, sarebbe dotato di propria autonomia causale e funzionale – in giurisprudenza tale ultima tesi è maggiormente condivisa. Se è vero, infatti, che anche nel deposito bancario, così come nel deposito irregolare, la consegna comporta l'acquisto in capo al depositario della proprietà della somma ed il sorgere dell'obbligo di restituzione di quanto consegnato al depositario, solo il primo è un contratto d'impresa, caratterizzato da profili naturalmente speculativi, in cui all'interesse della banca alla raccolta

ed alla gestione del denaro si contrappone l'interesse del depositante non solo alla custodia, ma anche alla remunerativà delle somme versate (cfr. Cass. civ. Sez. I, 20 gennaio 2012, n. 788).

La natura anche remunerativa del deposito per il depositante è confermata, nella specie, dal contratto di tesoreria in corso con Unicredit, dove è previsto che sulle somme depositate viene corrisposto un interesse (il tasso di interesse attivo è meno 0,0999 rispetto all'euribor a tre mesi).

La prospettata distinzione tra deposito ed investimento non può, quindi, condividersi.

Sotto tali profili, dunque,,gli atti impugnati incorrono nelle dedotte censure di violazione di legge e di eccesso di potere.

Conseguentemente, il ricorso va accolto e va altresì dichiarata, ex art. 122 c.p.a., l'inefficacia del controverso contratto di deposito, avuto riguardo alla stato iniziale di esecuzione del medesimo in seguito all'intervenuta misura cautelare.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza del Comune di Borgo Valsugana.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati, indicati in epigrafe, e dichiara l'inefficacia del contratto di deposito stipulato tra il Comune di Borgo Valsugana e Banca Sella Nord Est Bovio Calderari S.p.A..

Condanna il Comune di Borgo Valsugana a rifondere alla parte ricorrente le spese del giudizio che liquida complessivamente in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre agli accessori di legge ed alla rifusione del contributo unificato.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere, Estensore

Alma Chiettini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/10/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)