

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 660 del 2018, proposto dal Comune di Cosenza, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Agostino Rosselli, con domicilio digitale presso la casella pec agostino.rosselli@avvocaticosenza.it ex art. 25 c.p.a.

contro

Regione Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Massimiliano Manna, con domicilio eletto in Catanzaro, località Germaneto, presso gli Uffici dell'Avvocatura Regionale siti presso il complesso "Cittadella Regionale";
Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del Ministro p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti

Ing. Andrea Cuzzocrea, rappresentato e difeso dall'Avv. Gianluca De Simone, con domicilio digitale presso la casella pec avv.gianlucadesimone@pec.giuffre.it ex art. 25 c.p.a. e dall'Avv. Alfredo Gualtieri, elettivamente domiciliato presso il suo Studio, in Catanzaro, Via Vittorio Veneto n. 48.

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

del Decreto del Presidente della Giunta regionale “N.19 del 27/03/2019” *avente ad oggetto: D.G.R. 90 del 19.03.2018: “art. 4 D.L. 69/2013 e s.m.i. – Nomina Commissario ad Acta ATEM Cosenza 1 Ovest”*;

- del Decreto del Presidente della Giunta Regionale n. 19 del 28.3.2018, *avente ad oggetto: D.G.R. 90 del 19.03.2018: “art. 4 D.L. 69/2013 e s.m.i. – Nomina Commissario ad Acta ATEM Cosenza 1*

Ovest”;

- la D. G. R. n. 90 del 19.03.2018 di nomina a Commissario ad acta dell'ing. Andrea Cuzzocrea al fine di avviare le procedure di gara dell'ATEM Cosenza 1 Ovest;

- del verbale di insediamento del Commissario ad acta ATEM Cosenza 1 Ovest del 4 aprile 2018;

-del verbale del Commissario ad acta del 19/04/2018;

-degli atti preordinati, connessi e conseguenti del medesimo procedimento lesivi degli interessi del Comune di Cosenza.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Calabria e dell'ing. Andrea Cuzzocrea;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 60 c.p.a.

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2018 la dott.ssa Roberta Mazzulla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 17 maggio 2018 e depositato in data 23 maggio 2018, l'amministrazione comunale di Cosenza, quale comune capofila dell'ATEM "Cosenza 1 Ovest", con funzione di stazione appaltante della procedura per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale, ha impugnato gli atti in epigrafe indicati, con i quali la Regione Calabria ha esercitato il potere sostitutivo di cui all'art. 14 comma 7 D.lgs. 164 del 2000, nominando l'ing. Andrea Cuzzocrea Commissario ad acta, con funzioni di avvio delle procedure di gara relative all'ambito territoriale.

1.1 L'Amministrazione comunale, dopo aver evidenziato il proprio interesse a ricorrere, ha formulato i motivi appresso sintetizzati:

1. *Vizio di inesistenza e/o nullità del D.P.G.R. n. 19 del 27 marzo 2019.*

Il decreto con cui il Presidente della Giunta Regionale, preso atto del superamento dei termini concessi al Comune di Cosenza, nelle qualità e funzioni sopra indicate, di indire la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, ha nominato commissario ad acta l'ing. Cuzzocrea, sarebbe inesistente e/o nullo in quanto, oltre ad indicare, quale data, un anno ancora a venire (2019), non risulta essere stato pubblicato sul BURC e sul sito della Regione Calabria, ai sensi della legge regionale n.11/2011 e del decreto legislativo n. 33/2013.

Tale invalidità peraltro, non sarebbe stata sanata neanche con la successiva comunicazione del decreto n. 19 del 27 marzo 2018, in quanto la correzione dell'errore materiale, relativa all'anno di adozione (2018 e non 2019) sarebbe dovuta avvenire nel rispetto dell'art. 12 della legge regionale n.11/2012, mediante pubblicazione nella prima parte del BURC di un comunicato con l'indicazione della parte erronea e del testo esatto da sostituire, disponendo, altresì, se necessario la ripubblicazione dell'intero testo.

La mancata pubblicazione del provvedimento erroneo notificato e del successivo provvedimento corretto comporterebbe l'inesistenza e/o la radicale nullità dei provvedimenti impugnati.

2. Inconferibilità dell'incarico e incompatibilità del Commissario ad acta.

Ad avviso del Comune istante, l'ing. Andrea Cuzzocrea non potrebbe svolgere l'incarico di Commissario ad acta in quanto consigliere del Comune di Rende, ossia di un ente locale con una popolazione residente superiore a 15.000 abitanti che, pur facendo parte dell'Ambito territoriale "Cosenza 1 Ovest", non avrebbe inteso collaborare per l'approvazione dello schema di convenzione predisposto dal comune di Cosenza, finalizzato a disciplinare in modo coordinato ed in forma associata i rapporti tra i comuni dell'ATO e anche a realizzare le attività propedeutiche e strumentali all'affidamento del servizio oggetto di commissariamento.

In proposito, parte ricorrente ha invocato il disposto di cui agli artt. 7 e 11 del D.lgs. 39/2013 che disciplinano, rispettivamente, le ipotesi di "*Inconferibilità di incarichi a componenti di organo politico di livello regionale e locale*" e di "*Incompatibilità tra incarichi amministrativi di vertice e di amministratore di ente pubblico e cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, regionali e locali*".

3. Carenza di potere.

La Regione Calabria avrebbe attivato in ritardo il potere sostitutivo di cui all'art. 14 comma 7 D.lgs. 164 del 2000, agendo in carenza di potere.

2. Si è costituita l'Amministrazione regionale eccependo, in via preliminare, la carenza di interesse a ricorrere.

Il Comune di Cosenza non avrebbe motivo di dolersi di un commissariamento finalizzato allo svolgimento della medesima procedura ad evidenza pubblica che avrebbe dovuto tempestivamente e spontaneamente avviare ed alla cui celere conclusione dovrebbe, per dovere istituzionale, aspirare.

Sotto altro profilo, il Comune di Cosenza, quale stazione appaltante, non avendo contestato l'esistenza dei presupposti del potere di commissariamento regionale, bensì soltanto le modalità del relativo esercizio, non avrebbe interesse a ricorrere, in ragione dell'esaurimento della propria funzione di attuazione delle procedure tipiche dell'ATEM, essendo ormai decorsi i termini in proposito imposti dalla normativa di riferimento.

Nel merito la Regione, dopo aver evidenziato l'irrilevanza degli accadimenti che avrebbero impedito al Comune di Cosenza di indire la gara entro il termine ultimo del 11.12.2017, ha resistito al gravame mediante articolate deduzioni difensive.

3. Il Commissario ad acta, ing. Andrea Cuzzocrea, costituitosi in giudizio, ha contestato, in via preliminare, l'esistenza dell'interesse a ricorrere in capo al Comune istante -che, a suo dire, avrebbe perso il potere di provvedere in merito all'indizione della gara funzionale all'affidamento del servizio di distribuzione del gas- e, nel merito, la fondatezza dei motivi di gravame.

4. Preliminarmente, il Collegio è chiamato a scrutinare l'ammissibilità del gravame sotto il profilo dell'interesse a ricorrere.

4.1 E', innanzitutto, necessario chiarire come parte ricorrente non abbia in alcun modo contestato l'esistenza dei presupposti legittimanti il potere sostitutivo di cui all'art. 14 comma 7 D.lgs. 164/2000, a norma del quale la Regione Calabria, preso atto della decorrenza del termine finale -oggetto nel tempo di svariate proroghe- per l'indizione della procedura ad evidenza pubblica funzionale all'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, ha disposto la nomina del commissario ad acta.

Ed invero il Comune di Cosenza ha sì giustificato la mancata attivazione di tale procedura, individuando quale ostacolo non già la propria inerzia quanto piuttosto la reticenza dei comuni, tra cui quello di Rende, ad aderire alla convenzione istitutiva dell'ATEM, ma non ha certamente addotto tale circostanza, ossia il

preteso ritardo incolpevole, quale elemento ostativo al commissariamento da parte della Regione Calabria.

Il Comune di Cosenza ha, piuttosto, evidenziato l'asserito carattere incolpevole della decorrenza del termine in questione (da ultimo fissato nella data dell'11.12.2017) all'esclusivo fine di meglio argomentare il proprio interesse a ricorrere.

Ha infatti sostenuto che, se è vero che, alla data di adozione del provvedimento di commissariamento, le adesioni dei comuni all'ATEM non erano tali - in termini di numero degli enti coinvolti, di percentuale della popolazione e di quantità dei punti di riconsegna da questi rappresentati - da consentire l'indizione della gara, al momento della proposizione del gravame, tali parametri sarebbero aumentati, così da legittimare la stazione appaltante all'avvio della procedura. Una procedura che, in ogni caso, avrebbe comunque potuto essere indetta *“previa diffida contenente la rappresentazione della normativa vigente perentoria sulle gare d'ambito e previa assegnazione di un termine cogente per provvedere”*, per come chiarito dal Ministero dello Sviluppo Economico.

Premesso ciò, il Comune di Cosenza ha chiarito che ove i provvedimenti di commissariamento adottati dalla Regione Calabria fossero annullati ovvero dichiarati nulli, per i motivi di gravame sopra riassunti, avrebbe la possibilità di indire la gara, da ciò discendendo il proprio interesse attuale e concreto all'accoglimento del ricorso.

4.2 A fronte di tale prospettazione, è dunque necessario scrutinare l'eccezione preliminare formulata dalla Regione e dal Commissaria ad acta, secondo cui dalla perentorietà dei termini attribuiti all'ente capofila dell'ATEM per l'indizione della gara, così espressamente qualificati dall'art. 4 comma 2 del D.L. 21 giugno 2013, n.69, discenderebbe la perdita in capo al Comune di Cosenza del potere di provvedere, quale stazione appaltante, di talché quest'ultimo non avrebbe alcuna

utilità all'accoglimento del gravame in quanto, comunque, non potrebbe più attivare quanto di sua "originaria" competenza nell'espletamento della gara.

4.3 In proposito, il Collegio non condivide l'opzione interpretativa secondo cui dalla qualificazione di perentorietà dei termini assegnati all'ambito territoriale per l'indizione della gara, rinvenibile nell'art. 4, comma 2, del Decreto Legge 21/06/2013, n.69, discenderebbe *ipso iure*, la decadenza del potere del Comune di Cosenza di provvedere in via, per così dire, ordinaria e spontanea.

Giova a all'uopo richiamare il testo di cui al comma 2 dell'art. 4 citato secondo cui: *"I termini previsti dall'articolo 3 del regolamento di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico 12 novembre 2011, n. 226, come modificati ai sensi del comma 3 del presente articolo, relativi all'avvio delle procedure di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, sono da intendersi di natura perentoria"*.

Con tale disposizione il Legislatore, pur avendo definito come "perentori" i termini assegnati agli ambiti territoriali ottimali per l'avvio delle procedure di gara e pur avendo previsto, a valle degli stessi, l'esercizio di un potere sostitutivo da parte della Regione, non ha altrettanto chiaramente fatto discendere dalla scadenza dei termini in questione, la decadenza dall'esercizio del potere da parte della stazione appaltante.

Non è dunque possibile affermare che l'inutile decorso dei termini "perentori" in questione produca automaticamente, *ope legis*, la perdita del potere di provvedere in capo all'ente "sostituito" il quale, in caso di annullamento dei provvedimenti che hanno disposto il commissariamento, ben potrebbe esercitare il potere in questione.

E che questa sia l'interpretazione più corretta si evince innanzitutto dal secondo inciso del secondo comma dell'art. 4 del Dl. 69/2013 secondo cui *"Scaduti tali termini"* -ossia quelli appena prima definiti "perentori"- *"la Regione competente sull'ambito assegna ulteriori sei mesi per adempiere, decorsi i quali avvia la procedura di gara"*

attraverso la nomina di un commissario ad acta, ai sensi dell' articolo 14, comma 7, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164”.

Il prosieguo della disposizione normativa di cui all'art. 4 citato comprova, semmai ve ne fosse bisogno, come la qualificazione di perentorietà dei termini assegnati agli ambiti territoriali abbia, in realtà, natura esclusivamente procedimentale, risolvendosi nel legittimare l'intervento sostitutivo della Regione, senza alcuna correlata decadenza del potere del Comune di provvedere in via ordinaria.

Altrimenti opinando, non si spiegherebbe l'ulteriore termine di sei mesi che la Regione competente “*assegna*” al comune capofila dell'ATEM per adempiere, così, evidentemente, consentendo l'esercizio di un potere dal quale quest'ultimo, con ogni evidenza, non era in precedenza decaduto, per scadenza del termine “perentorio”.

Quanto sopra esposto trova ulteriore avallo in quella giurisprudenza amministrativa che, in tema di esercizio dei cd. poteri sostitutivi, nell'esaminare i rapporti tra il commissario ad acta, nominato dall'ente sovraordinato, e l'ente pubblico rimasto inerte, cd. sostituito, ha più volte affermato che “*I provvedimenti di un Commissario ad acta sono da imputarsi esclusivamente all'Amministrazione sostituita, posto che la nomina del Commissario da parte di altra Amministrazione supplisce a un'omissione dell'Amministrazione sostituita, senza privare tuttavia quest'ultima di una sua competenza e senza attribuire in via straordinaria detta competenza all'Amministrazione che nomina il Commissario ad acta*” (cfr., T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I 23 ottobre 2017 n. 317 ; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 16/02/2015, n. 381; T.A.R. Abruzzo - l'Aquila, sentenza n. 97/2007).

L'incontestata immedesimazione organica del commissario ad acta rispetto all'amministrazione sostituita -di cui costituisce “*un organo (sia pure straordinario)*”, “*privo come tale di autonoma legittimazione passiva*” (così T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I 23 ottobre 2017 n. 317)- ha inoltre indotto questa stessa

giurisprudenza a ritenere che nei riguardi dell'attività provvedimentale commissariale, l'Ente sostituito possa esercitare i poteri di autotutela, quale “*irrinunciabile estrinsecazione del principio di continuità dell'azione amministrativa [...]*”, mentre non possa ricorrere all'autorità giudiziaria, pena la violazione del divieto di venire *contra factum proprium* (cfr. T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. II[^], sentenza n. 362/2015).

4.4 Se è vero, quindi, che il Commissario ad acta esercita il medesimo potere attribuito, in via ordinaria, all'ente pubblico inerte/sostituito, nella specie coincidente con il comune capofila dell'ATEM “Cosenza 1 Ovest”, di cui rappresenta un organo straordinario, non è possibile ritenere, per come preteso dalle parti resistenti, che l'inutile decorso del termine per l'esercizio “spontaneo” del potere amministrativo di cui all'art. 4 del Dl. 69/2013 determini l'estinzione, per decadenza, del medesimo potere in capo al comune capofila.

4.5 Dalle superiori considerazioni discende, in rito, l'ammissibilità del ricorso proposto dal Comune di Cosenza che, in quanto titolare del potere amministrativo oggetto di commissariamento, ha evidentemente interesse a sindacare la legittimità dei provvedimenti amministrativi con cui la Regione Calabria ha, per l'appunto, esercitato il potere di commissariamento di cui all'art. 14 comma 7 L. n. 264/2000, all'uopo nominando l'ing. Andrea Cuzzocrea.

5. Nel merito, il ricorso è fondato sia pur nei rigorosi limiti e per le motivazioni appresso indicate.

5.1 Per come sopra chiarito, mediante l'articolazione dei motivi di gravame di cui si è dato sopra conto, il Comune di Cosenza non ha contestato l'esistenza dei presupposti per l'esercizio da parte dell'Ente regionale del potere di cui all'art. 14 citato e, quindi il se del commissariamento (*an*), essendosi piuttosto limitato a sindacare le modalità di esercizio di tale potere medesimo (*quomodo*).

6. Ciò premesso e passando alla disamina delle singole censure, non coglie nel segno la prima di esse, secondo cui i provvedimenti adottati dal Presidente della Giunta Regionale sarebbero nulli ovvero addirittura inesistenti in quanto non pubblicati sul BURC e sul sito della Regione Calabria ai sensi della legge regionale n.11/2011, recante l'istituzione del bollettino telematico della Regione Calabria e norme della pubblicazione degli atti, e del decreto legislativo n. 33/2013.

6.1 La disposizione normativa di cui all'art. 21 *septies* l. n. 241/90 ha consentito di positivizzare la cd. nullità «strutturale» del provvedimento amministrativo, rinvenibile esclusivamente nei casi tassativi ivi contemplati, tanto da far ritenere che “*le cause di nullità debbono intendersi a numero chiuso*”, a tutela delle ragioni di certezza dell'azione amministrativa e di stabilità degli assetti plasmati dagli atti amministrativi a tutela di interessi superindividuali (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 30/03/2018, n. 2028; Consiglio di Stato, sez. V, 04/05/2017, n. 2028; Consiglio di Stato, sez. VI, 03/03/2016, n. 882).

Ciò posto ed in assenza di una disposizione normativa *ad hoc*, non è possibile ritenere che la mancata pubblicazione sul BURC telematico della Regione Calabria (l.r. n. 11/2011) dei decreti adottati dal Presidente della Giunta Regionale oggetto di gravame ovvero il preteso mancato assolvimento degli obblighi di pubblicazione concernenti i provvedimenti amministrativi, sanciti dal D.lgs. n. 33/2013, compromettano i cd. “*elementi essenziali*” del provvedimento, così da determinarne la nullità ovvero, addirittura, la radicale inesistenza, trattandosi piuttosto di adempimenti che, al più, potrebbero sospensivamente condizionare l'efficacia nei confronti dei terzi, ma non anche del comune di Cosenza, capofila dell'ATEM “Cosenza 1 Ovest” che ne ha, inequivocabilmente, avuto immediata e diretta conoscenza.

7. E' infondata anche la censura secondo cui la Regione Calabria avrebbe attivato il potere sostitutivo di cui all'art. 14 comma 7 l. n. 164/2000 in carenza di potere,

essendo decorso il termine all'uopo assegnato dal legislatore per provvedere al commissariamento.

7.1 Ed invero i termini -peraltro più volte oggetto di proroghe, da ultimo a mezzo del Decreto Legge 30.12.2015, n.210- entro cui la Regione competente, rilevata l'inerzia degli ambiti territoriali ottimali, avvia, anche attraverso la nomina di un commissario ad acta (art. 14 comma 7 D.lgs. citato), la procedura di gara funzionale all'affidamento del servizi pubblico di distribuzione del gas, non sono stati accompagnati da una espressa previsione sanzionatoria di decadenza, connessa alla loro scadenza.

Agli stessi non può, quindi, che attribuirsi una mera funzione sollecitatoria ed il loro inutile decorso non comporta, per come preteso dal Comune ricorrente, la perdita dell'esercizio del potere sostitutivo in capo all'ente competente, nella specie la Regione Calabria (cfr. parere Consiglio di Stato, sez. II, n. 01796/2018 dell'11/07/2018).

8. Risulta, invece, fondata la censura che riguarda la nomina, quale commissario ad acta, dell'Ing. Andrea Cuzzocrea, a cui l'Ente regionale non avrebbe potuto essere conferire l'incarico in quanto consigliere comunale del Comune di Rende ai sensi e per gli effetti del D.lgs. 39/2013 contenente *“Disposizioni in materia di inconferibilità ed incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190”*.

Ed invero, giusta il disposto di cui all'art. 7 comma 2 del D.lgs. 39 dell'8 aprile 2013 gli incarichi dirigenziali presso le amministrazioni di cui alla lettera a) del medesimo comma, e, quindi, quelli presso le *“amministrazioni di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione”* non possono essere conferiti (anche) *“a coloro che, nell'anno precedente, abbiano fatto parte dellagiunta o del consiglio di una provincia, di un*

comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti [...] nella stessa regione dell'amministrazione locale che conferisce l'incarico".

La ratio di tale disposizione normativa risiede nell'esigenza di mantenere, anche all'interno del territorio della medesima regione, una netta separazione tra gli incarichi di natura politica, involgenti l'attività di indirizzo politico-amministrativo, e quelli prettamente gestionali, propri degli incarichi dirigenziali, ove svolti nell'ambito di enti di un certo rilievo e, quindi, di maggior peso, ciò al fine di prevenire e contrastare fenomeni corruttivi e conflitti di interesse, salvaguardando l'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche (cfr. TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 2.03.2018, n. 171; TAR Lazio, Roma, sez. II bis, n. 5063/2016;).

Ed invero la finalità perseguita dal legislatore delegato è stata quella di *"scongiurare, tramite la formulazione di un giudizio prognostico ex ante, che lo svolgimento di determinati incarichi e/o funzioni, individuati nel rispetto dei criteri posti dalla legge di delega (legge n. 190/2012) potesse agevolare la precostituzione di situazioni favorevoli in vista del successivo conferimento di incarichi dirigenziali e assimilati e, di conseguenza, potesse comportare il rischio di un accordo corruttivo per conseguire il vantaggio in maniera illecita.*

La disciplina delle nuove incompatibilità e inconfiribilità corre appunto lungo la linea della distinzione tra funzione di indirizzo politico e funzione di gestione e corrisponde ad una scelta in qualche modo necessitata, nel senso tracciato dalla giurisprudenza costituzionale, che ha più volte affermato il divieto di cumulo di più cariche politiche quando possa ripercuotersi negativamente sulla efficienza e l'imparzialità delle funzioni (cfr. sentenza n.143 del 2010), per cui un analogo divieto diviene necessario anche nel caso in cui la minaccia per l'imparzialità venga dal coesercizio di funzioni di indirizzo politico e di funzioni di amministrazione".

Trattasi, quindi, di una *"misura generale a carattere preventivo, volta ad evitare potenziali forme di conflitto d'interesse che possono crearsi fra controllore (organo politico) e controllato (amministrazione o società controllata), al fine di evitare che fra tali soggetti possa configurarsi una eccessiva contiguità, che impedisca o renda assai difficoltoso il raggiungimento degli obiettivi*

dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa, che costituiscono il cardine dell'organizzazione e dell'attività della pubblica amministrazione (contemplati dall'art. 97 della Costituzione e dall'art. 1 della legge n. 241/1990).

La disposizione assolve, dunque, allo scopo di evitare che un soggetto approfitti della propria posizione per ottenere un'altra carica e di garantire la massima imparzialità e l'assenza di una situazione, anche potenziale, di conflitto di interesse in capo a coloro che ricoprono o saranno chiamati a ricoprire incarichi amministrativi.

L'inconferibilità comporta un'esclusione dal conferimento dell'incarico non permanente, ma solo temporanea. La legge in tal modo intende impedire che un soggetto, che si trovi in una posizione tale da comprometterne l'imparzialità, acceda all'incarico senza soluzione di continuità; perché egli possa accedere all'incarico nella P.A. è necessario, quindi, un congruo "periodo di raffreddamento", che garantisca la condizione di imparzialità all'incarico" (così TAR Lazio, Roma, sez. III, 8.06.2016, n. 6593).

8.1 Chiariti l'ambito di operatività della disposizione normativa di cui all'art. 7 comma 2 D.lgs. 39/2013 e la *ratio legis* alla stessa sottesa, all'ing. Andrea Cuzzocrea, in quanto consigliere comunale del Comune di Rende, avente una popolazione di certo superiore a 15.000 abitanti, non avrebbe potuto essere conferito, nell'ambito del medesimo territorio regionale, l'incarico di *Commisario ad acta* del Comune di Cosenza, stazione appaltante nell'ambito dell'ATEM "Cosenza Ovest 1" giacché le funzioni allo stesso "assegnate" rientrano certamente tra quelle proprie degli incarichi dirigenziali.

8.2 La piena riconducibilità di tali ultime funzioni tra quelle di cui all'art. 107 D.lgs. 267/2000 si evince agevolmente dall'esame della delibera di Giunta n. 90 del 19 marzo 2018 laddove è stato deliberato di nominare l'ing. Cuzzocrea al fine di "avviare le procedure di gara dell'ATEM Cosenza 1 Ovest", definendo l'oggetto dell'incarico come di seguito specificato:

"- acquisizione della documentazione necessaria alla preparazione del bando di gara predisposta

dagli enti locali ai sensi dell'art. 2, comma 6, del D.M. 226/2011;

- predisposizione e pubblicazione del bando di gara, dei relativi allegati e del disciplinare, di cui all'art. 9 del dm 226/2011;

- nomina della commissione di gara di cui all'art. 11 del D.M. 226/2011;

- aggiudicazione della gara secondo i criteri di cui all'art. 12 del dm 226/2011”.

Trattasi, all'evidenza, di funzioni pienamente gestionali, certamente rientranti nel cono d'ombra della disposizione di cui all'art. 107 del D.lgs. citato.

8.3 Da quanto fin qui esposto consegue l'invalidità, sub specie di nullità, del conferimento dell'incarico di Commissario ad acta dell'ATEM “Cosenza 1 Ovest” in favore dell'ing. Andrea Cuzzocrea, tale essendo la sanzione espressamente prevista dall'art. 17 D.lgs. 39/2013 in caso di inosservanza delle disposizioni di cui al medesimo decreto.

8.4 Né a confutare l'operatività, nel caso in esame, dell'ipotesi di inconferibilità di cui all'art. 7 comma 2 D.lgs. 39/2013 può valere, per come obiettato dalle parti resistenti, la necessità di garantire un'interpretazione strettamente letterale delle disposizioni di cui al decreto in questione, onde non comprimere oltremodo l'esercizio dei diritti e delle facoltà, costituzionalmente rilevanti, messe in gioco dalle disposizioni normative in parola.

Ed invero, le operazioni ermeneutiche di cui si è dato sopra conto e che consentono di accertare la nullità della nomina dell'ing. Cuzzocrea quale Commissario ad acta dell'ATEM “Cosenza 1 Ovest”, rientrano nell'ordinaria attività interpretativa della norma in questione, certamente priva di derive analogiche ovvero estensive.

Senza contare che la realtà fenomenica idonea a disvelare possibili conflitti di interesse -tali da mettere a rischio l'imparzialità ed il buon andamento della p.a. ovvero, nei casi più gravi, da creare possibili contesti corruttivi- è difficilmente

prevedibile, mediante una predeterminazione esaustiva ed *ex ante* di tutte le ipotesi di inconferibilità ed incompatibilità.

Ed è proprio in considerazione di ciò che avveduta e lungimirante giurisprudenza, in linea con l'orientamento più volte espresso dall'ANAC, ha sostenuto l'esigenza di garantire una interpretazione delle disposizioni normative di cui al D.lgs. 39/2013 che, sia pur nel rispetto della necessità di evitare esegesi analogiche, non sia rigorosamente vincolata "*al meno dato letterale o al mero criterio nominalistico*" (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 8.06.2016, n. 6593).

Si deve, quindi, ritenere consentita un'attività ermeneutica, quale quella posta in essere dal Collegio, secondo cui l'ipotesi di inconferibilità dell'incarico di cui all'art. 7 comma 2 D.lgs. citato è applicabile anche nei confronti di chi rivesta soltanto formalmente, ma non anche nella sostanza, un ruolo diverso (Commissario ad acta) da quello previsto dalla norma in esame (incarichi dirigenziali).

9. In conclusione, il ricorso deve essere accolto, con conseguenziale declaratoria di nullità di tutti gli atti in epigrafe indicati nella parte in cui viene designato quale Commissario ad acta dell'ATEM "Cosenza 1 Ovest" la persona dell'ing. Andrea Cuzzocrea.

10. La peculiarità e la novità della vicenda contenziosa giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dichiara nulli tutti gli atti in epigrafe indicati, per le ragioni di cui in parte motiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesca Goggiamani, Referendario

Roberta Mazzulla, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Mazzulla

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO