Il Consiglio di Stato, Sez. VI, con sent. n. 30 del 10/1/2007, insegna che tutti i contratti che la P.A. stipula con un privato, **comprese le convenzioni,** devono rispettare i principi europei di tutela della concorrenza, che valgono oltre i confiti di direttive specifiche perchè tesi a evitare restrizioni non giustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione.
Leggi di seguito la sentenza ...

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
N.30/2007
Reg.Dec.
N. 397-400-635 Reg.Ric.
ANNO 2006
Disp.vo 505/2006
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente
DECISIONE
sui ricorsi riuniti in appello n. 397/2006, 400/2006, 635/2006, proposti rispettivamente:
a) ric. n. 397/2006 dalla BANCA NUOVA SPA, in persona del suo rappresentante legale p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Angelo Clarizia con domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde n. 2;
contro
I.N.P.D.A.P., Istituto onale di Previdenza per i Dipendenti dell'Amministrazione Pubblica, in persona del suo Presidente e legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avv.ti Dario Marinuzzi e Piera Messina con domicilio eletto in Roma S. Croce in Gerusalemme n. 55, presso l'AVVOCATURA dell'INPDAP;
PRESTITALIA SPA, in persona del suo legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alessandro Pace e Alessia Fiore con domicilio eletto in Roma piazza delle Muse n. 8, presso l'Associazione Professionale Studio Legale Pace;
MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del Ministro p.t., non costituito in giudizio;

b) ric. n. 400/2006 dalla BANCA ONALE DEL LAVORO, in persona del suo rappresentante legale p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Angelo Clarizia con domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde n. 2;
contro
I.N.P.D.A.P., Istituto onale di Previdenza per i Dipendenti dell'Amministrazione Pubblica, in persona del suo Presidente e legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avv.ti Dario Marinuzzi e Piera Messina con domicilio eletto in Roma S. Croce in Gerusalemme n. 55, presso l'AVVOCATURA dell'INPDAP;
MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del Ministro p.t., non costituito in giudizio;
PRESTITALIA SPA, in persona del suo legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alessandro Pace e Alessia Fiore con domicilio eletto in Roma piazza delle Muse n. 8, presso l'Associazione Professionale Studio Legale Pace;

c) ric. n. 635/2006 dall' I.N.P.D.A.P. Istituto onale di Previdenza per i Dipendenti dell'Amministrazione Pubblica, in persona del suo Presidente e legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avv.ti Dario Marinuzzi e Piera Messina con domicilio eletto in Roma S. Croce in Gerusalemme n. 55, presso l'AVVOCATURA dell'INPDAP;
contro
PRESTITALIA SPA, in persona del suo legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alessandro Pace e Alessia Fiore con domicilio eletto in Roma piazza delle Muse n. 8, presso l'Associazione Professionale Studio Legale Pace;
e nei confronti
del MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, del MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, in persona dei rispettivi Ministri p.t., della BANCA ONALE DEL LAVORO S.P.A., della BANCA NUOVA S.P.A. GRUPPO BANCA POPOLARE DI VICENZA, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., non costituiti in giudizio;
per l'annullamento
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio sede di Roma, Sez. III ter n. 13255/2005;
Visti i ricorsi con i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimate;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visti gli atti tutti della causa;
Alla pubblica udienza del 24 ottobre 2006 relatore il Consigliere Francesco Caringella. Uditi gli avv.ti Clarizia, Messina, Marinuzzi, Pace e Scoca;
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:
FATTO e DIRITTO
1. Con avviso pubblicato nella G.U. n. 247 del 21/10/02 l'I.N.P.D.A.P. comunicava alle banche ed agli istituti finanziari interessati la predisposizione di uno schema di "convenzione quadro aperta", avente ad oggetto l'erogazione di "prestiti personali e mutui ipotecari ai propri iscritti in servizio o in quiescenza al fine di soddisfare le richieste di finanziamento che non possono essere accolte direttamente dall'I.N.P.D.A.P. per la ridotta disponibilità finanziaria o non rientranti nei criteri di concessione previsti dall'Istituto".
Va precisato al riguardo che il D.P.R. 5/1/1950, n. 180 prevede, al Titolo IV, l'istituto della delega di pagamento sugli stipendi, sui salari e le pensioni; le circolari n. 46 in data 8/8/1995 e n. 63 in data 16/10/1996 del Ministero del Tesoro - Ragioneria Generale dello Stato hanno inoltre ampliato le ipotesi di finanziamento attraverso delegazione di pagamento.
La ratio di tale servizio va ravvisata nell'agevolare l'accesso al credito in favore di soggetti appartenenti alla gestione I.N.P.D.A.P., che non possono ottenere prestiti direttamente dall'ente.
In proposito, le circolari suindicate sottolineano la necessità di "assicurare comunque la par condicio tra le imprese, istituti o società operanti nei settori del credito e della previdenza, previsti dal t.u.", stabilendo altresì che le convenzioni "per ragioni di uniformità, di cautela e di semplificazione procedurale" prevedessero l'esclusione di ogni responsabilità ed onere economico a carico dell'I.N.P.D.A.P.
In data 16/12/02 la Prestitalia s.p.a. stipulava con l'I.N.P.D.A.P. la predetta convenzione quadro aperta, il cui contenuto prevedeva, tra l'altro, che "l'I.N.P.D.A.P. si impegna divulgare, nei modi che riterrà più opportuni, presso i propri iscritti e il personale in quiescenza le agevolazioni concordate con gli Istituti finanziari" (art. 4); l'art. 6 della convenzione stabiliva altresì l'obbligo a

carico della Banca di rispettare (ovvero migliorare) i tassi fissi e variabili analiticamente elencati per ciascuna categoria di mutuo e per i prestiti personali; l'art. 11 stabiliva infine una durata annuale (rinnovabile) del rapporto convenzionale.
Con comunicazione successiva l'I.N.P.D.A.P. informava la Prestitalia che il Commissario Straordinario dell'ente aveva deliberato in data 15/10/03 "la proroga della Convenzione a condizioni invariate fino ala nomina del nuovo Consiglio di Amministrazione dell'Istituto".
Successivamente perveniva alla Prestitalia s.p.a. l'ulteriore comunicazione con cui si rendeva noto che "con delibera n. 237 del 21 c.m. il Commissario Straordinario … ha fissato al 31 maggio p.v. la data di scadenza della attuale proroga della convenzione sottoscritta con codesto istituto finanziario il 16 dicembre 2002. Pertanto, a decorrere dal 1 giugno p.v. la Convenzione cesserà di produrre ogni effetto. Si precisa che il 31 maggio p.v. è il termine ultimo per la presentazione all'INPDAP delle richieste di benestare alla delegazione di pagamento per prestiti personali".
Con contestuale delibera del Commissario Straordinario dell'I.N.P.D.A.P. 21/4/2004, n. 241, veniva disposta l' approvazione della nuova convenzione con la B.N.L. S.p.a. e con la Banca Nuova S.p.a. per la concessione dei prestiti contro delegazione di pagamento, sostitutiva di quella intercorsa con la Prestitalia.
Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto la domanda di annullamento e quella avente ad oggetto il risarcimento in forma specifica.
È stata invece respinta la domanda di risarcimento per l'equivalente stante il difetto dell'elemento psicologico della colpa.
L'appellante contesta gli argomenti posti a fondamento del decisum.
Resiste la parte ricorrente in primo grado.
All'udienza del 24 ottobre 2006 la causa è stata trattenuta per la decisione.
2. Con un primo motivo d'appello si contesta, anche ai fini della giurisdizione, l'assunto relativo all'applicabilità alla convenzione in parola dei principi in tema di evidenza pubblica. Si osserva, all'uopo, che nella fattispecie viene in rilievo una delegazione di pagamento di natura atipica e meramente privatistica, non soggetta a regole procedimentali.
Il motivo è infondato.
Sul versante della giurisdizione è sufficiente rimarcare che nella specie viene in rilevo un giudizio impugnatorio ruotante introno alla legittimità di due deliberazioni con le quali l'INPDAP, facendo applicazione del potere autoritativo connesso alla sua veste di ente pubblico non economico, ha disposto la cessazione della convenzione originaria e l'approvazione di una nuova convenzione. Trattasi quindi di vertenza sottoposta alla giurisdizione della g.a. quanto meno in applicazione del normale criterio di riparto basato sulla causa petendi. L'estraneità della fattispecie in parola alle materie di giurisdizione esclusiva del GA. non toglie, in definitiva, che si verte in tema di legittimità dei provvedimenti amministrativi con cui l'INPDAP, ente pubblico non economico, ha deciso di procedere alla stipula della convenzione limitando la selezione alle sole banche affidatarie del servizio di tesoreria; ossia di provvedimenti lesivi di interessi legittimi sottoposti alla cognizione del GA.
La configurazione della convenzione in parola alla stregua di fattispecie atipica, estranea alla fattispecie dell'appalto di servizi per il difetto della corrispettività, non incide poi sulla soggiacenza a principi di evidenza pubblica valevoli, alla stregua di un principio comunitario da ultimo recepito con il codice dei contratti di cui al decreto legislativo n. 163/2006, per tutte le attività contrattuali della P.A. pur se non soggette a disciplina puntuale di stampo onale o di derivazione europea. E tanto in ossequio ai principi del

Trattato in tema di tutela della concorrenza valevoli al di là dei confini tracciati da direttive specifiche in quanto tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione. Detti principi si appellano vieppiù pertinenti nel caso di specie in cui, pur in assenza di un corrispettivo pecuniario a carico dell'ente pubblico, viene in rilievo un'utilità contendibile sub specie di vantaggio pubblicitario e di avvicinamento ad una clientela di notevoli dimensioni, che danno la stura ad un'ipotesi paradigmatica di rilevanza economica indiretta.
3. Non colgono nel segno neanche le censure con le quali si contestano gli argomenti svolti dal Primo Giudice per escludere la ragionevolezza della limitazione dell'accesso alla selezione in parola. La scelta di optare per il lo della convenzione chiusa restringendo la procedura selettiva alle sole banche già svolgenti il servizio di tesoreria si appalesa infatti in contrasto con i principi di ragionevolezza, di proporzionalità e di tutela della par condicio se solo si considera che:
a) la selezione dei soggetti ammessi alla procedura è stata basata sul parametro del tutto estrinseco all'oggetto della convenzione in esame, che ha valorizzato lo svolgimento del ben differente servizio di tesoreria;
b) il riferimento all'affidabilità soggettiva testimoniata dallo svolgimento del servizio di tesoreria è risultato irragionevolmente prevalente rispetto alla più pregnante affidabilità ed esperienza dimostrata nello svolgimento dello stesso servizio di erogazione di mutui con lo schema della delegazione; .
c) la documentazione in atti non attesta in modo specifico alcuna valutazione negativa del servizio prima reso nello schema della convenzione aperta in guisa da giustificare la conventio ad excludendum ai danni dei soggetti che avevano aderito alle pregresse convenzioni;
d) l'irrazionalità della barriera d'ingresso si appalesa vieppiù accentuata dalla presenza di un mercato regolamento nel quale l'esistenza di controlli pubblici mette a nudo l'affidabilità degli operatori in quanto tali, in modo da rendere ulteriormente necessitante di adeguata motivazione il ricorso a logiche preclusive (vedi nota A.G.M. prot. n. 25480/2006);
e) l'analisi dei documenti preparatori e della relazione istruttoria, in una con il negativo riscontro delle istanze di estensione della convenzione, tronca alla radice ogni dubbio in ordine all'effettiva esclusività del regime convenzionale di che trattasi;
f) le stesse circolari della ragioneria generale dello Stato n. 46/95 e 63/96, dando attuazione alla normativa onale prima citata, mettono in luce la necessità di assicurare comunque la par condicio tra le imprese, istituti o società operanti nei settori del credito e della previdenza;
g) la incontestata possibilità per gli istituti esclusi di erogare finanziamenti ai dipendenti non toglie che il mancato ricorso allo strumento della delega e l'omessa fruizione dei meccanismi pubblicitari previsti a vantaggio delle banche convenzionate comportano un significativo svantaggio competitivo nel mercato in questa sede rilevante.
4. In definitiva l'effetto di chiusura e congelamento prodotto dalle determinazioni gravate si appalesa illegittimo in quanto contrastante con i principi comunitari e onali in tema di tutela della concorrenza e della par condicio.
L'effetto conformativo dell'annullamento implica l'effetto, impropriamente ricondotto dalla sentenza appellata allo strumento del risarcimento in forma specifica, della caducazione dell'esclusiva e la conseguente estensione della convenzione in favore degli operatori ricorrenti.

Resta salvo il potere dell'INPDAP di indire nuove procedure rispettive dei parametri in motivazione specificati.
La novità della questione rende scusabile l'errore compiuto dall'amministrazione ai fini dell'esclusione della colpa e della conseguente reiezione della domanda risarcitoria.
5. Le spese seguono la soccombenza, e sono liquidate in favore della parte ricorrente in primo grado, a carico delle parti appellanti in via solidale, nella misura complessiva di 20.000 euro.
P.Q.M.
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, riunisce gli appelli, li respinge e conferma, con diversa motivazione, la sentenza appellata.
Condanna le parti appellanti al pagamento delle spese del giudizio di appello nei termini in motivazione specificati.
Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.
Così deciso in Roma, il 24 ottobre 2006 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:
Giorgio Giovannini Presidente
Lanfranco Balucani Consigliere
Rosanna De Nictolis Consigliere
Aldo Scola Consigliere
Francesco Caringella Consigliere Est.

Presidente
GIORGIO GIOVANNINI
Consigliere Segretario
FRANCESCO CARINGELLA VITTORIO ZOFFOLI