



SENT 431/2019

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE II GIURISDIZIONALE CENTRALE D'APPELLO

composta dai seguenti magistrati:

Luciano	Calamaro	Presidente
Antonio	Buccarelli	Consigliere
Domenico	Guzzi	Consigliere
Maria Cristina	Razzano	I Referendario -Relatrice
Ilaria Annamaria	Chesta	I Referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio d'appello iscritto al n. 52619 del Registro di Segreteria promosso da Procura regionale della Corte dei conti presso la Sezione Giurisdizionale della Regione Lazio

contro

1. MENICHINI Marcello (c.f. MNC MCL 54H26 H501F) elettivamente domiciliato in Roma, alla Via Panama 58, presso lo studio dagli Avv.ti Luigi Medugno e Annalisa Lauteri, dai quali è rappresentato e difeso, giusta mandato a margine della memoria di costituzione;
2. TABACCHIERA Cesare (c.f. TBC CSR 50H23 H501G), elettivamente domiciliato in Roma, alla Via G. Pierluigi da Palestrina, n. 19 presso lo studio dell'Avv. Domenico Tomassetti dal quale è rappresentato e difesa in virtù di mandato in calce



SENT 431/2019

alla memoria di costituzione;

3. PERRONE Giuseppe (c.f. PRR GPP 59S20 H501F) - *non costituito*

avverso

sentenza n. 128/2017 della Sezione giurisdizionale per la Regione Lazio, depositata il 31 maggio 2017.

Uditi nella pubblica udienza del giorno 11 dicembre 2018, con l'assistenza del Segretario dott.ssa Maria Vittoria Zotta, la relatrice dott.ssa Maria Cristina Razzano, il rappresentante della Procura Generale nella persona del V.P.G. dott.ssa Paola Briguori, nonché l'Avv. Annalisa Lauteri e Luigi Medugno per l'appellato Menichini e l'Avv. Tomassetti Domenico per l'appellato Tabacchiera.

Esaminati l'atto d'appello, gli atti e i documenti tutti del fascicolo di causa.

Ritenuto in

FATTO

Con atto di citazione del 17 maggio 2016, la Procura regionale evocava in giudizio dinanzi alla Sezione territoriale in epigrafe indicata Menichini Marcello, Perrone Giuseppe e Tabacchiera Cesare per sentirli condannare al risarcimento del danno, in favore del Comune di Roma Capitale, di euro 29.850,00 per Perrone e Tabacchiera, in solido tra loro, e di euro 29.850,00 per Menichini. Esponeva il requirente che i convenuti avevano concorso all'affidamento alla "Cooperativa ricerca sul territorio" di un incarico diretto all'organizzazione dell'evento denominato "Didattica & Territorio, Ricerca Lavoro e Formazione" che si sarebbe sostanziato:



SENT 431/2019

a) nell'emanazione della determinazione dirigenziale n. 1881/2011 (a firma del Perrone, con visto apposto dal Tabacchiera) di impegno della spesa di € 60.000,00 a favore della detta Cooperativa; b) nella emanazione della successiva determinazione dirigenziale n. 3085/2011, a firma del Menichini, di liquidazione della somma di euro 59.700,00. L'incarico sarebbe stato affidato in violazione delle regole di evidenza pubblica dettate dal codice dei contratti pubblici e in mancanza della seguente documentazione: a) "progetto" dell'evento che avrebbe dovuto essere elaborato dalla Cooperativa al momento della proposta di conclusione del contratto; b) parere di congruità della spesa; c) nota del Dipartimento attività produttive diretta alla Cooperativa di accettazione della proposta da essa formulata; d) documentazione attestante la corretta esecuzione da parte della Cooperativa dell'intero progetto. Stando alla prospettazione attorea, la somma complessivamente spesa dal Comune di Roma, oltre interessi e rivalutazione, sarebbe stato danno per l'amministrazione.

Instaurato il contraddittorio e celebrata l'udienza di discussione, il collegio di prime cure ha rigettato la domanda, ritenendo non provato il danno.

Con atto notificato il 21 luglio 2017 e depositato il 4 agosto successivo, ha promosso appello il Procuratore regionale, adducendo i seguenti motivi:

1. insufficienza, illogicità, erroneità e totale carenza, su punti decisivi della controversia, della motivazione"



SENT 431/2019

Lamenta l'appellante il mancato esame delle questioni attinenti all'affidamento del servizio da parte del Comune di Roma, esposte nell'atto di citazione e concernenti: a) l'assoluta incompetenza a provvedere da parte del dipartimento attività economiche-produttive; b) la insufficienza della documentazione esistente agli atti dell'amministrazione; c) l'assoluta inidoneità della motivazione addotta a sostegno della determinazione dirigenziale n. 1881 del 30 giugno 2011.

I giudici territoriali avrebbero completamente omesso l'esame della questione relativa alla organizzazione di eventi quale quello in questione, che sarebbe rientrato tra le attribuzioni non del Dipartimento Attività economiche-produttive (che se ne sarebbe occupato), bensì di altro Dipartimento (quale il Dipartimento per i servizi educativi e scolastici). Lo *"sviluppo del commercio nell'area laziale"* avrebbe dovuto ritenersi giustificazione del tutto incongrua rispetto all'oggetto della manifestazione organizzata dal Dipartimento e diretta a *"favorire la socializzazione tra i ragazzi"*, collocandosi *"ad integrazione delle attività ludico-educative in ambito didattico"*. Ne sarebbe derivata l'illegittimità degli atti adottati e la nullità dell'affidamento, con conseguenziale ripetibilità degli emolumenti erogati in favore dell'impresa appaltatrice.

2. insufficienza, illogicità, erroneità e totale carenza della motivazione su punti decisivi della controversia, in relazione all'affidamento senza gara e al mancato riconoscimento della fondatezza della richiesta di risarcimento del danno da concorrenza - mancata



SENT 431/2019

valutazione della rilevanza in materia dell'istituto delle presunzioni e dell'art. 1226 cod. civ. - violazione della disciplina in tema di onere della prova (art. 94 d. lgs. n. 174 del 2016 e art. 2697 c.c.).

Il Collegio di prime cure avrebbe concluso per il rigetto della domanda, sulla scorta di un'errata interpretazione delle norme che regolano l'onere probatorio. In particolare, sarebbe pacifico che il servizio sarebbe stato affidato, nella fattispecie, senza ricorrere a una gara pubblica con conseguente affidamento diretto operato a favore della cooperativa "Ricerca sul territorio"; la determinazione del prezzo del servizio reso non sarebbe, dunque, scaturita dalla comparazione delle offerte dei vari partecipanti alla gara, ma sarebbe stato fissato aderendo acriticamente all'offerta presentata dalla società. L'illecita omissione della gara sarebbe foriera di danno erariale che, alla stregua della giurisprudenza contabile prevalente, sarebbe stimabile in un importo "*pari al 10% delle somme pagate*". L'indirizzo secondo cui il danno avrebbe dovuto essere puntualmente provato dalla parte pubblica non meriterebbe condivisione in quanto, in presenza di violazione di norme imperative – quali quelle che presiedono le procedure di affidamento dei lavori, servizi o forniture – non risulterebbe mai individuabile una prova certa della diminuzione patrimoniale subita: derivando dal mancato compimento di una azione (la mancata indizione di una gara), infatti, il danno non potrebbe mai essere provato nel suo esatto ammontare. In questi casi, il giudice avrebbe dovuto valorizzare la prova per presunzioni e la norma contenuta nell'art. 1226 cod. civ. che, nelle ipotesi di



SENT 431/2019

impossibilità di quantificare esattamente il danno (come nel caso di specie), avrebbe permesso il ricorso a criteri equitativi.

3. insufficienza, illogicità, erroneità e totale carenza della motivazione su punti decisivi della controversia, in relazione al danno derivato dall'illecito pagamento del prezzo dell'appalto in favore della Cooperativa - violazione della normativa dettata dal d.lgs. n. 163/2006 e dal d.p.r. n. 207/2010 - erronea valutazione dei fatti dedotti e violazione della disciplina in tema di onere della prova (art. 94 d. lgs. n. 174 del 2016 ed art. 2697 c.c.).

Meritevole di censura sarebbe la sentenza anche in punto di dichiarata insussistenza di ogni responsabilità in capo al Menichini, il quale non avrebbe effettuato alcuna verifica in merito alle modalità di esecuzione del contratto, né avrebbe accertato se le prestazioni fossero state eseguite ovvero fossero state conformi a quanto previsto nel contratto di appalto. Egli si sarebbe fidato ciecamente di quanto affermato dalla Cooperativa affidataria del servizio, la quale, a sostegno delle sue pretese pecuniarie, avrebbe prodotto documenti da lei stessa confezionati (fattura). Il Menichini avrebbe, peraltro, disposto il pagamento, in assenza di attestazione di regolare esecuzione dell'appalto, come confermato dalla mancanza di documentazione ulteriore rispetto a quella depositata agli atti del giudizio (come attestato dalla Responsabile del Dipartimento Sviluppo Economico, con nota del 18.01.2016, prot. 2293), e dalla circostanza che quella versata sarebbe assolutamente inadeguata a provare la corretta esecuzione del contratto.



SENT 431/2019

Non solo, quindi, i primi giudici avrebbero erroneamente applicato le norme in materia di distribuzione dell'onere della prova, ma non avrebbero, altresì, attribuito alcun peso alle specifiche previsioni normative dettate dal codice degli appalti e dal suo regolamento di attuazione (d.P.R. n. 207 del 2010) che, con gli artt. 297 e ss., impongono alla stazione appaltante una serie di verifiche preliminari prima di poter procedere al pagamento. D'altra parte, secondo il Procuratore regionale appellante, non sussisterebbe alcuna prova che gli eventi si siano effettivamente svolti né alcun riscontro dei costi sostenuti per organizzarli.

Conclude per l'accoglimento del gravame e, di conseguenza, per la condanna degli appellati, anche alle spese di giustizia del doppio grado di giudizio.

Con atto depositato in data 27 febbraio 2018, si è costituito in giudizio l'appellato Menichini Marcello che ha chiesto il rigetto del gravame. Ha confutato il primo motivo di censura, deducendo che l'appellante non avrebbe tenuto conto dell'ampia documentazione depositata, dalla quale sarebbe stato agevole desumere la competenza del Dipartimento per le Attività produttiva ad assumere le iniziative per lo sviluppo del Litorale romano. In ogni caso la doglianza si risolverebbe in una *“critica all’appropriatezza e alla proficuità dei mezzi impiegati per il perseguimento degli interessi istituzionali della P.A. e non già al sindacato sulla regolarità amministrativo-contabile degli atti”*. Analogamente infondato sarebbe il secondo motivo di censura, dal momento che la sentenza avrebbe



SENT 431/2019

correttamente evidenziato la mancanza di prova del danno e della relativa quantificazione; in ogni caso, l'affidamento diretto sarebbe stato giustificato alla luce del fatto che, *“tenuto conto delle finalità dell'iniziativa, della peculiare natura delle attività ludico-educative programmate allo scopo, della specifica esperienza richiesta per il loro proficuo svolgimento, il soggetto prescelto risultava essere l'unico in possesso dei necessari requisiti di affidabilità, e ciò anche in ragione del suo risalente radicamento nel territorio di riferimento (testimoniato dalla gestione della struttura museale ubicata sul litorale romano e destinata ad ospitare eventi di questo genere) e delle capacità organizzative di cui aveva dato prova in passato”*. Sarebbe, dunque, appropriato il riferimento all'art. 57 del d.lgs. n. 163/2006.

Circa il terzo e ultimo motivo di gravame, osserva l'appellato che il Procuratore regionale avrebbe dovuto estendere la sua indagine, laddove l'amministrazione nessuna ulteriore documentazione avrebbe potuto pretendere dall'impresa affidataria se non quella effettivamente richiesta. Chiede, conclusivamente, la reiezione dell'appello, con liquidazione delle spese del grado.

Analogamente, con memoria depositata in data 28 novembre 2018, si è costituito in giudizio l'appellato Tabacchiera Cesare, il quale ha chiesto il rigetto del gravame, alla stregua non solo dell'ampio e condivisibile percorso motivazionale esposto in sentenza, ma anche della totale sua estraneità alla causazione del dedotto danno. Egli, nella qualità di Direttore dell'Area “Commercio”, si sarebbe limitato ad apporre il “visto” in sostituzione del Direttore del Dipartimento



SENT 431/2019

(Menichini), per mera assenza del Capo Dipartimento. In ogni caso, i motivi d'appello sarebbero infondati, sia perché il progetto corrisponderebbe perfettamente ai fini istituzionali dell'ente sia perché l'eventuale incompetenza dell'ufficio sarebbe irrilevante ai fini della fattispecie di responsabilità in esame. Ribadisce la perfetta legittimità dell'affidamento diretto, ai sensi dell'art. 52, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 163/2006, e l'assoluta mancanza di prova dell'intero impianto accusatorio. L'appello dovrebbe, conclusivamente, essere rigettato, con liquidazione delle spese di lite. All'udienza odierna, sentite le parti presenti che si sono riportate alle rispettive conclusioni in atti, la causa è passata in decisione.

Rilevato in

DIRITTO

1. Pregiudizialmente deve essere dichiarata la contumacia dell'appellato Perrone Giuseppe, al quale il gravame risulta regolarmente notificato presso il domicilio eletto in primo grado, in data 21 luglio 2017 come da avviso di consegna p.e.c. depositato in atti. Analogamente il d.f.u. risulta notificato a mezzo p.e.c. in data 23 maggio 2018.

2. La prima censura prospettata dal Procuratore regionale nell'atto di impugnazione è inammissibile, in quanto verte esclusivamente su un profilo (incompetenza del Dipartimento Attività economiche e produttive) di illegittimità della determina n. 1881/2011. Costituisce *ius receptum* nella giurisprudenza contabile (anche a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 72 del 1983) che il vizio di



SENT 431/2019

legittimità formale di un atto o di un provvedimento amministrativo, sia sintomatico di una condotta verosimilmente connotata da colpa grave quantomeno sul piano procedimentale, pur non essendo *ex se* non idoneo a fondare la responsabilità amministrativa, ove non risulti contestualmente provato un *vulnus* all'integrità patrimoniale della pubblica amministrazione (cfr. Sezione I d'appello, sent. n. 290/2016, Sezione II d'appello, sent. n. 408/2017). Nel caso di specie, l'assunzione del provvedimento di aggiudicazione da parte di un dirigente privo della competenza a procedere, non configura una circostanza che possa essere ritenuta foriera di responsabilità erariale (in termini, Sez. II d'appello, sent. n. 20/2019), in considerazione del danno prospettato che discende dal concorso di altre e ben più pregnanti circostanze.

3. In relazione al secondo motivo, l'appellante Procuratore regionale evidenzia l'erroneo rigetto della domanda risarcitoria in relazione al danno maturato per effetto dell'affidamento diretto dell'appalto di servizi culturali e ricreativi, da parte del Dipartimento per lo sviluppo delle attività produttive alla Cooperativa "Ricerca del Territorio".

Posto in questi termini il *thema decidendum*, occorre, preliminarmente, valutare se v'è stata effettivamente una violazione dei principi della concorrenza in materia, avendo effetti *tranchant* l'eventuale accoglimento della prospettazione difensiva degli odierni appellati, secondo cui l'affidamento in esame sarebbe legittimamente avvenuto in via di procedura negoziata, alla stregua dell'art. 58, comma 2, d.lgs. n. 163/2006.



SENT 431/2019

Su questo fronte, occorre premettere che, con nota prot. QH/38012 del 24.05.2011 a firma del Dirigente della U.O. "Interventi per lo Sviluppo e la Promozione del Litorale" (Ing. Perrone), e del Direttore del Dipartimento (dott. Menichini), era stato trasmesso alla Cooperativa Ricerca sul Territorio - CRT un invito a fornire informazioni per l'organizzazione e la realizzazione nella struttura dell'Ecomuseo del Litorale Romano (sita in Roma, Via del Fosso del Dragoncello n.172, realizzata e gestita proprio dalla CRT, nel Municipio di Ostia), di eventi a carattere didattico e di ricerca volti a promuovere, presso le scuole del litorale, visite guidate e corsi sia per gli alunni che per i docenti, anche al fine di incentivare percorsi di apprendimento e conoscenza di un'ampia porzione di territorio, (quello di Ostia e del litorale romano), particolarmente ricca sotto il profilo storico, archeologico e culturale. Sulla base di tale richiesta la citata Cooperativa trasmetteva all'Ing. Perrone, con nota acquisita in atti al prot. n. QH/39073/2011, il progetto denominato "Didattica & Territorio, Storia, Ricerca, Lavoro e Formazione", rivolto alle scuole del Municipio Roma XIII (oggi X) da svolgersi presso l'Ecomuseo del Litorale Romano, destinato alla popolazione scolastica (docenti e discenti), per le scuole di ogni ordine e grado del medesimo Municipio, e articolato in tre distinti moduli di attività, con un costo preventivato per la realizzazione del progetto pari a €. 50.000,00, oltre i.v.a. Seguiva la determinazione dirigenziale n.1881 del 30.06.2011, a firma del Perrone, con la quale, richiamando l'art.57, comma 2, lett. b), del d.lgs. n.163/2006, si affidava alla citata



SENT 431/2019

Cooperativa, a fronte di un corrispettivo complessivo pari ad €.60.000,00 (Iva inclusa), la realizzazione del progetto concordato.

Dalla descrizione dei fatti in oggetto, si evince agevolmente che si trattava di un evento di natura culturale, il cui affidamento era da ricomprendere tra gli appalti dei “*servizi culturali e ricreativi*” di cui all’All. II B) al codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006, applicabile *ratione temporis*). Gli appalti in questione non soggiacevano, ai sensi di quanto stabilito dall’art. 20, alle disposizioni codicistiche, ad eccezione dell’articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dell’articolo 68 (specifiche tecniche), e dell’articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

In ragione del regime “semplificato” applicabile ai “settori esclusi”, non poteva ritenersi, tuttavia, legittimo per un ente locale procedere all’affidamento diretto del servizio, al di fuori di qualsiasi confronto competitivo, né derogare agli altri principi di derivazione comunitaria immanenti al sistema, dovendosi assicurare il necessario rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, concorrenza, non discriminazione e buon andamento, ex art. 27 d.lgs. 163/2006. La giurisprudenza amministrativa aveva stabilito, ormai da tempo, che “*anche nell’ambito dei servizi pubblici deve essere, infatti, assicurata l’apertura alla concorrenza (C. giust. CE: 13 settembre 2007, C-260/04; sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03)*”. Ogni interessato ha diritto di avere accesso alle informazioni adeguate prima che venga attribuito un servizio pubblico, di modo che, se lo avesse desiderato, sarebbe stato in grado di manifestare il proprio interesse a conseguirlo (C.



SENT 431/2019

giust. CE, sez. I, 10 novembre 2005, C-29/04). Inoltre, trasparenza e pubblicità devono essere date alla notizia dell'indizione della procedura di affidamento; imparzialità o non discriminatorietà devono determinare le regole di conduzione di questa" (così, Cons. St. Ad. pl., 3 marzo 2008 n. 1).

In particolare l'art. 27 d.lgs. n. 163/2006, come modificato dall'art. 4, comma 2, lett. a), d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 2011, n. 106 e, successivamente, dall'art. 20, comma 1, lett. c), d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, ha poi previsto che l'affidamento debba *"essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto"*.

I richiamati principi sono stati palesemente violati nel caso di specie, avendo il Dipartimento proceduto all'affidamento diretto del servizio, senza aver neppure avviato la procedura negoziata (dando pubblicità adeguata all'avviso o alla determina a contrattare) né adeguatamente valutato le condizioni di accesso a tale modalità di *contracting-out*, rispetto alla quale invoca l'applicazione in forza dell'art. 57, comma 2, lett. b, d.lgs. n. 163/2006.

La disposizione in esame, alla data di affidamento dell'incarico (d.d. n.1881 del 30.6.2011) prevedeva la possibilità, per le stazioni appaltanti, di aggiudicare i contratti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, anche *"qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un*



operatore economico determinato” (lett. b).

Per pacifica giurisprudenza amministrativa, già consolidatasi all'epoca dei fatti in esame, la procedura negoziata senza pubblicazione del bando poteva essere utilizzata nella misura strettamente necessaria e con stringente motivazione, ai fini dell'affidamento di un appalto da parte della pubblica amministrazione. L'amministrazione era tenuta ad adottare, infatti, un provvedimento nel quale risultasse una “congrua motivazione”, tale da giustificare il passaggio da un criterio di scelta “competitivo” a uno “monopolistico” (Cons. St., Sez. V, 9 giugno 2008, n.2803), considerando che l'unicità del fornitore doveva essere certa, prima di addivenire alla gara (Cons. St., A.P. del. 9 giugno 2010 n. 33).

Si precisava, in tal senso, che *“l'unicità del fornitore deve essere certa prima di addivenire a trattativa privata e l'indagine di mercato può avere il solo scopo di acquisire la certezza di tale unicità o di escluderla. Nel caso, invece, in cui il fornitore unico sia stato individuato mediante caratteristiche dell'oggetto palesate a posteriori, dopo un'indagine di mercato, come conformi alle necessità dell'amministrazione, la trattativa privata non è consentita: altrimenti l'obbligo delle gare sarebbe vanificato e la successiva dichiarazione delle proprie esigenze da parte dell'Amministrazione si presterebbe a giustificare qualsiasi scelta effettuata, appunto, senza gara”* (Cons. St., 7 novembre 2007, n. 5766).

La Corte giustizia ha rafforzato tali canoni esegetici, precisando che *“la procedura negoziata deve essere ritenuta eccezionale e deve essere*



SENT 431/2019

applicata soltanto in casi elencati in via limitativa” (Corte di Giustizia Europea, 8 aprile 2008, n. 337), e, comunque, che l’onere di dimostrare l’effettiva sussistenza di circostanze eccezionali tali da giustificare la citata deroga, grava sull’autorità che intenda avvalersene, con l’onere, quindi, di motivare espressamente l’adozione della procedura (C.G.E: 2 giugno 2005, n. 394; 13 gennaio 2005, n. 84; 14 ottobre 2004, n. 340; 14 settembre 2004, n.385; 10 aprile 2003, n. 20).

Dal testo della determina dirigenziale di incarico non è dato desumere alcuna delle menzionate circostanze, debitamente vagliate *a priori* dall’amministrazione, allorquando ha optato per la procedura negoziata. Si legge, infatti, nel documento che la “Cooperativa Ricerca del Territorio” operava da molti anni “*nel settore della ricerca storica, sociologica ed antropologica*”, e che era autrice di molteplici “*indagini in ambito naturalistico ed ambientale*”, di talché essa aveva “*maturato una notevole esperienza [in materia]*”. Tali requisiti qualificanti non avvalorano affatto né l’unicità del soggetto fornitore né le ragioni di natura “*tecnica o artistica*” alle quali rinvia la citata disposizione. Si tratta di elementi valutativi che, ove anche fossero stati comprovati (allo stato non v’è alcun riscontro di quanto affermato nell’atto provvedimento in esame), non rientrerebbero in alcun modo nelle deroghe previste dalla norma all’epoca vigente, né ad esse sarebbero riconducibili in forza di estensione analogica, trattandosi, appunto, di eccezioni al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità tipica della procedura



SENT 431/2019

aperta (*“i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva”*): così Cons. St., Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837; id. 7 giugno 2016, n. 2425).

Sciolto in termini negativi il nodo preliminare relativo alla legittimità dell'affidamento diretto in esame, può ora passarsi all'esame della sussistenza del danno del quale il Procuratore regionale chiede l'accertamento, definito (solo) dai primi giudici come “danno alla concorrenza” (*rectius* da mancata concorrenza).

Invero, l'espressione “danno da concorrenza”, nella giurisprudenza contabile, sta a indicare quella peculiare diminuzione patrimoniale che un'amministrazione aggiudicatrice subisce quando un contratto venga stipulato in violazione delle regole di evidenza pubblica, che impongono il previo esperimento di una gara al fine di garantire la possibilità di scegliere, nell'ambito di un adeguato numero di imprese partecipanti, la migliore offerta conseguibile per la acquisizione di beni e servizi oggetto della gara.

La locuzione è stata mutuata dalla giurisprudenza amministrativa che, peraltro, con tale espressione indica il danno risarcibile per equivalente in favore di un'impresa che non abbia avuto la possibilità di aggiudicarsi un contratto (si parla, infatti, di *“perdita di chance”*), o perché illegittimamente esclusa da una gara o perché, altrettanto illegittimamente, la gara non sia stata neppure espletata; danno che – ove ne ricorrano i presupposti – viene determinato in via equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., in una misura variabile tra il 5% e il 10%



SENT 431/2019

del valore del contratto, che costituisce, di regola, l'utile che l'impresa avrebbe potuto conseguire dall'esecuzione del contratto stesso.

La giurisprudenza contabile ha, tuttavia, utilizzato il termine in un'accezione anfibologica, ritenendo che con l'espressione "danno alla concorrenza" si possa rinviare tanto al nocumento subito dall'amministrazione per non aver conseguito il risparmio di spesa che sarebbe stato possibile ottenere mediante il confronto in gara tra più offerte (*"danno alla concorrenza in senso stretto"*: cfr. Sez. II centr. app. 20 aprile 2011 n. 198), quanto a quello corrispondente all'esborso dell'intero corrispettivo pagato all'impresa, al netto dell'*utiliter datum*, in esecuzione di un contratto nullo per violazione delle norme imperative (*"danno alla concorrenza in senso ampio"* o *"atecnico"*). Si è affermato, infatti, che la violazione delle regole della concorrenza e della trasparenza, lesiva dei principi tutelati dagli artt. 41 e 97 Cost., nonché dalla legge n. 241 del 1990, realizza sicuramente una grave compromissione dei valori dell'economicità, dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività amministrativa, che rappresentano ormai i profili di maggior rilievo della *"legalità sostanziale"* del sistema giuscontabile, in relazione ai quali, non è più consentito *"omettere un minimo di confronto concorrenziale per qualsiasi procedura contrattuale ad oggetto pubblico"* (in termini, Sez. I centr. app. 12 dicembre 2017, n. 533).

Si tratta di due tipologie di danno ontologicamente diverse, che sono assoggettate a regimi probatori diversi.



SENT 431/2019

La prima tipologia è agevolmente riconducibile alla categoria del danno da “lucro cessante”, in quanto quella che viene prospettata è la mancata utilità aggiuntiva che l'amministrazione avrebbe conseguito qualora il funzionario avesse stimolato il confronto competitivo. È chiaro che, in casi del genere, l'onere probatorio deve essere rigorosamente assolto, occorrendo che il p.m. contabile provi in concreto il risparmio di spesa (anche in termini di “*chance eziologica*”, ossia di mera probabilità di conseguire tale vantaggio), che l'amministrazione avrebbe ottenuto (o potuto ottenere), qualora fosse stata espletata la procedura ad evidenza pubblica (“*accertamento controfattuale*”); l'ulteriore conseguenza è che, in mancanza di una prova, anche per presunzioni, di siffatto contenuto non può configurarsi alcun pregiudizio per il pubblico erario.

La seconda tipologia di danno è, per converso, inquadrabile nel genere dei “danni emergenti”, in quanto corrisponde alla diminuzione patrimoniale subita dall'ente locale per effetto della stipula di un contratto invalido, nullo o inefficace. In questo caso, al p.m. si impone la prova dell'illiceità della condotta e dell'evento dannoso, oltre che del nesso causale e dell'elemento psicologico, mentre la liquidazione del danno deve corrispondere all'intero esborso (indebitamente erogato), pur potendosi tener conto del vantaggio comunque conseguito dall'amministrazione danneggiata o dalla comunità per effetto dell'esecuzione (parziale o totale) della prestazione richiesta.

Orbene, dalla lettura dell'atto di citazione introduttivo del giudizio in



SENT 431/2019

primo grado è agevole rilevare che il Procuratore regionale ha inteso riferirsi proprio a tale ultima tipologia di danno. Militano in tal senso sia il tenore letterale delle espressioni utilizzate (che rinviano espressamente alla violazione dell'intera disciplina di cui al codice degli appalti e all'insussistenza dei presupposti per la procedura negoziata ex art. 57, comma 2, sopra citato), sia il criterio di quantificazione del danno, che è stato commisurato all'intero importo pagato (ripartito al 50% tra Perrone e Tabacchiera e il restante 50% a carico di Menichini), sia la mancata qualificazione del danno in esame, che soltanto in sentenza risulta sussunto *sub specie* di "danno alla concorrenza". In realtà, in considerazione del "*petitum* sostanziale" quale palesato dalle espressioni utilizzate dal Procuratore regionale, risulta agevole affermare che è stato chiesto il risarcimento non di un danno "differenziale" - in relazione alla "chance" di conseguimento del risparmio di spesa (al quale pure mira la gara) - bensì quello pari all'intero importo versato alla Cooperativa affidataria, alla stregua di un contratto stipulato in palese "elusione" (così a pag. 3 dell'atto di citazione) delle norme dettate dal d.lgs. n. 163/2006 e, dunque, viziato.

Ad avvalorare tale conclusione, va rimarcato che, proprio con riferimento alle ipotesi di illegittimo affidamento diretto di lavori, servizi e forniture, la Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 n. 66, relativa "*al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici*", ha stabilito, al considerando 13, che un



SENT 431/2019

contratto stipulato a seguito di un'aggiudicazione illegittima è da considerarsi, in linea di principio, privo di effetto, anche se, poi, la stessa normativa, all'art. 2, comma 6, dispone che *"(...) Gli Stati membri possano prevedere che l'organo di ricorso, indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, abbia la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti, sebbene lo stesso sia stato aggiudicato illegittimamente per le ragioni di cui al paragrafo 1, se l'organo di ricorso, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rileva che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti (...)"*.

Orbene, a prescindere dalle ricadute in termini di giurisdizione (Cass. civ. Sez. Un. ord. 10.02.2010, n. 2906; id. ord. 5.03.2010 n. 5291; id., ord. 24.06.2011, n. 13910), in sede di codificazione del processo amministrativo, il legislatore delegato ha recepito i principi comunitari enunciati, prevedendo (in particolare all'art.121, comma 1, d.lgs. n. 104 del 2010, sotto la rubrica *"Inefficacia del contratto"*), i casi di gravi violazioni delle regole che presiedono alla concorrenza in materia di appalti. Il giudice amministrativo, nell'annullare l'aggiudicazione definitiva, dichiara l'inefficacia del contratto, tra le altre ipotesi, anche quando: *"b) ... l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti, e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è*



SENT 431/2019

prescritta dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163". Non v'è dubbio che in questo, come negli altri casi elencati nella norma, il contratto d'appalto sia affetto da "inefficacia" *ex lege* e, dunque, ai fini che qui rilevano, fonte di responsabilità erariale. L'inefficacia affligge, infatti, anche il contratto *de quo*: il servizio risulta affidato in violazione della procedura di appalto, sia pure semplificata, che imponeva un minimo di confronto competitivo e una selezione basata su una gara informale, instaurata almeno con la pubblicazione di un invito *ad offerendum* a più associazioni culturali.

4. Accertata l'antigiuridicità della condotta e la sussistenza del danno, occorre valutare l'imputabilità dell'illecito in esame in capo agli odierni appellati, in termini di nesso causale ed elemento psicologico, con ciò passando allo scrutinio anche del terzo motivo d'appello.

4.1. Viene in primo piano il ruolo assunto dall'appellato Perrone nella vicenda in esame. Al Perrone, all'epoca Direttore dell'U.O. "Interventi per lo sviluppo e la promozione del litorale" (costituita all'interno della Direzione Area "Commercio - Attività produttive - Sportello unico" cui era preposto l'appellato Tabacchiera, incardinata a sua volta nel Dipartimento "Attività economico-produttive, formazione e lavoro", diretto dall'appellato Menichini), si devono i principali atti, mediante i quali è stato perpetrato l'illecito erariale in esame:

- la nota prot. QH/38012 del 24.05.2011, con la quale era stato trasmesso alla Cooperativa "Ricerca sul Territorio" l'invito a



SENT 431/2019

fornire informazioni per l'organizzazione e la realizzazione nella struttura dell'Ecomuseo del Litorale Romano, dell'evento culturale in parola;

- la stessa determinazione dirigenziale n.1881 del 30.06.2011, con la quale, richiamando l'art.57, comma 2, lett. b), del d.lgs. n.163/2006, si affidava, in assenza di ogni confronto competitivo, alla menzionata società, a fronte di un corrispettivo complessivo pari ad €.60.000,00 (Iva inclusa), la realizzazione del progetto concordato.

Dalle condotte in esame è scaturito, quale conseguenza immediata e diretta ex art. 1223 c.c., il pagamento del compenso a carico dell'amministrazione comunale, pur in presenza di un contratto inefficace *ex lege* e palesemente in contrasto i principi comunitari di trasparenza e non discriminazione nonché con quelli di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Da tali presupposti, consegue, altresì, il riscontro positivo dell'elemento soggettivo, almeno in termini di colpa grave, avendo il Perrone con grave leggerezza e noncuranza ritenuto sussistenti i presupposti di cui all'art. 57, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 163/2006, laddove essi erano palesemente assenti (in tal senso, anche I Sez. giurisd. app. 25 giugno 2018 n. 256).

4.2. Venendo allo scrutinio della posizione rivestita dall'appellato Tabacchiera, al quale si deve l'apposizione di un duplice visto sulla determinazione n.1881/2011, quale Direttore dell'Area "Commercio - Attività produttive - Sportello Unico" nonché in sostituzione del



SENT 431/2019

Direttore del Dipartimento (Menichini), per assenza del Capo Dipartimento. A ben vedere si tratta di forme di controllo interno previste dalla normativa regolamentare, che affida al Direttore del Dipartimento il visto sui provvedimenti di competenza dei dirigenti della struttura, *“attestante la coerenza con i documenti di programmazione”* (art.29, comma 1, lett. i) del Regolamento Uffici e Servizi).

Nessuno dei profili di estraneità alla vicenda delineati dal Tabacchiera meritano condivisione. Il “visto” in esame risulta essere stato apposto in luogo del Menichini per soli motivi di assenza e, dunque, in nome e per conto dello stesso, quale Direttore del Dipartimento. Esso si sostanzia in una forma di controllo interno, la cui disciplina è demandata, ex art. 147 t.u.e.l. agli enti locali i quali, *“nell'ambito della loro autonomia normativa ed organizzativa, individuano strumenti e metodologie adeguati a: [...] d) valutare l'adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani, programmi ed altri strumenti di determinazione dell'indirizzo politico, in termini di congruenza tra risultati conseguiti e obiettivi predefiniti”*.

Oltre ai controlli di regolarità amministrativa e contabile, di gestione e sul personale con qualifica dirigenziale, la disposizione consente ai singoli enti di individuare precipue forme di controlli “strategici”, volti alla verifica dello stato di avanzamento dei piani programmatici e la coerenza degli atti di gestione rispetto agli obiettivi in essi prefissati. Si tratta, dunque, di un controllo che ha l'obiettivo di supportare le funzioni di indirizzo politico.



SENT 431/2019

A ben vedere, il visto apposto dal Tabacchiera, sia pure *a latere*, non lo esime da responsabilità, in quanto un atto radicalmente illegittimo, quale la determina cui accede, non può mai dirsi coerente con gli obiettivi programmatici dell'ente: un evento culturale, benché in linea con le attività istituzionali dell'ente, non può essere, infatti, realizzato in contrasto con norme imperative. Deve, dunque, ritenersi che anche l'appellato abbia contribuito, con grave leggerezza, alla causazione dell'evento dannoso per cui è causa, assentendo a una determina palesemente *contra legem*.

4.3. Ancor più grave è la posizione dell'appellato Menichini, il quale, nella qualità di Capo-Dipartimento, si è reso co-autore dell'invito a fornire informazioni, di cui alla sopracitata nota prot. QH/38012 del 24.05.2011, indirizzata esclusivamente alla CTR, contribuendo (assieme al Perrone) ad avviare, in tal modo, un procedimento chiaramente *contra legem*. Ulteriori profili di grave colpevolezza sono, altresì, connessi alla fase di liquidazione dei compensi, allorquando il Menichini, con determinazione n.3085 del 18.11.2011, senza alcuna verifica preliminare, sulla scorta della mera fattura (n. 6/2011) proveniente dalla Cooperativa, ha provveduto al pagamento, in patente violazione delle più elementari regole di contabilità degli enti locali (art. 184 t.u.e.l.). A prescindere, infatti, dall'applicabilità al contratto in esame della disciplina di cui al Titolo IV (artt. 312 ss.) del d.P.R. n. 207/2010 (recante l'approvazione del «Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163»), già in vigore alla data dell'affidamento dei servizi in esame,



SENT 431/2019

come invocato dal Procuratore regionale appellante, il responsabile del servizio, al momento della liquidazione della spesa, avrebbe dovuto preoccuparsi di verificare che l'impegno corrispondesse a un diritto acquisito dall'impresa esecutrice "in base ai documenti e ai titoli" atti a provarlo. In questo caso, il titolo era *ictu oculi* invalido e, sicuramente, il Menichini, avendo contribuito a determinare tale invalidità, avrebbe potuto rendersi conto del vizio che inficiava l'intera procedura. La macroscopica negligenza non può che integrare gli estremi della colpa grave.

5. Per la quantificazione del danno, la mancanza, a monte, di criteri quali-quantitativi in relazione ai quali parametrare l'esattezza dell'adempimento, e l'assenza di una rendicontazione dei costi, a valle, impediscono un'esatta valutazione del vantaggio conseguito dall'amministrazione comunale, per effetto della realizzazione dell'evento. Si impone, di conseguenza, una liquidazione, in via equitativa ex art. 1226 c.c., del danno effettivamente subito, che, alla stregua della documentazione versata, deve ritenersi (benché si tratti di appalto di servizi), pari al 10% dell'importo versato, al netto dell'i.v.a., corrispondente all'utile che l'affidataria ha indebitamente percepito, detratto l'arricchimento senza causa, ex art. 2041 c.c., di cui ha, comunque, beneficiato la p.a.. Poiché il compenso pagato è pari a € 59.700,00, e, al netto dell'i.v.a., risulta essere pari a € 49.338,84, il danno va ridotto a € 4.933,88.

Su tale importo deve essere operato il riparto tra gli odierni appellati. In particolare, in considerazione di quanto sopra affermato, maggior



SENT 431/2019

ed eguale peso deve essere ripartito tra Perrone e Menichini, le cui condotte, hanno, con preponderanza etiologica evidente, contribuito a integrare il fatto illecito in esame; ne consegue che ad essi deve essere imputato il danno pari a € 2.000,00 ciascuno. In capo all'appellato Tabacchiera deve essere riconosciuta la responsabilità per la somma residuale di € 933,88. Sugli importi così determinati deve essere liquidata la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT, dalla data di maturazione del credito al deposito della sentenza, e gli interessi dal deposito al di del soddisfo.

6.L'appello deve essere parzialmente accolto e per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, condanna al risarcimento del danno in favore del Comune di Roma, Perrone Giuseppe e Menichini Marcello, per € 2.000,00 ciascuno, nonché Tabacchiera Cesare per € 933,88. In considerazione dell'accertamento dell'illecito, le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

la Corte dei conti Sezione Seconda Centrale d'Appello, così definitivamente pronunciando, accoglie parzialmente l'appello e per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, condanna al risarcimento del danno in favore del Comune di Roma, Perrone Giuseppe e Menichini Marcello, per € 2.000,00 ciascuno, nonché Tabacchiera Cesare per € 933,88 oltre rivalutazione monetaria dalla data di maturazione del credito al deposito della sentenza, e interessi dal deposito al di del soddisfo. Condanna in solido gli appellanti alla



SENT 431/2019

refusione delle spese di giustizia del doppio grado di giudizio, che
liquida in complessivi € 586,87 (CINQUECENTOTTANTASEI/87).

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre
2018.

L'Estensore

Il Presidente

(dott.ssa Maria Cristina Razzano)

(dott. Luciano Calamaro)

F.to Maria Cristina Razzano

F.to Luciano Calamaro

Depositata in Segreteria il 29 NOV. 2019

p. La Dirigente (Dott.ssa Sabina Rago)

IL COORDINATORE AMMINISTRATIVO

Dott.ssa Simonetta DESIDERI

F.to Simonetta DESIDERI