

SENTENZA N. 141/2013 DELLA SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA CAMPANIA DELLA CORTE DEI CONTI: 1) INAMMISSIBILITÀ DELL'AZIONE DEL P.M. CONTABILE IN MANCANZA DELL'AUDIZIONE PERSONALE; 2) CONFIGURABILITÀ DEL C.D. DANNO ALLA CONCORRENZA IN PRESENZA DI CONTRATTI DI APPALTO NULLI O INESISTENTI; 3) CRITERI PER L'INDIVIDUAZIONE DELLA UTILITAS PER LA P.A. DERIVANTE DA TALI CONTRATTI.

La sentenza n. 141/2013 della Sezione giurisdizionale per la Campania della Corte dei conti contiene spunti di notevole interesse che inducono ad approfondire tematiche di persistente attualità, anche se oggetto di numerose decisioni.

- 1) Inammissibilità dell'azione del P.M. contabile in mancanza dell'audizione personale.

Sul punto il collegio ha accolto l'eccezione di nullità (*recte*, inammissibilità) della citazione sollevata da un convenuto, per non aver ottenuto la richiesta audizione personale, precisando che la base normativa dell'eccezione è data dall'art. 5, comma 1, della l. n. 19/1994, integrato dalla legge n. 639 del 1996, il quale prevede l'obbligo per l'ufficio requirente, non solo di notificare ai presunti responsabili apposito invito a dedurre, ma anche di sottoporli ad audizione personale, ove ne facciano richiesta, con funzione di garanzia per il soggetto indagato ed effetti condizionanti l'ammissibilità dell'atto introduttivo del giudizio (SS.RR. 16 febbraio 1998 n. 7).

La statuizione è in linea con la prevalente giurisprudenza, anche più recente, in materia.

Così, la Sezione Sardegna, con sentenza n. 569/2012, ha statuito che "l'audizione, poiché esplicazione del diritto di difesa, diviene elemento indefettibile e, ove negata, rende viziato in radice l'atto di citazione (per tutte Corte conti SS.RR. n. 7/98), al pari della mancata emissione dell'invito a dedurre".

La Sezione Sicilia, con sentenza n. 3512/2012, ha osservato che "l'audizione personale è stata inserita nel nuovo sistema procedimentale per soddisfare non solo esigenze difensive dell'invitato, ma anche quelle di una più consapevole ed approfondita istruttoria (esigenze entrambe funzionali al perseguimento delle obiettive finalità di giustizia)". La violazione di questo diritto comporta l'inammissibilità dell'atto di citazione.

Peraltro, la Sezione App. Sicilia, con sentenza n. 269/2012, ha ulteriormente precisato, riguardo all'audizione personale dell'invitato a dedurre, che "trattasi di un istituto avente carattere preprocessuale, non essendo neppure necessaria la presenza del difensore, cosicché l'instaurazione del contraddittorio avviene nell'ambito del processo, nel corso del quale potranno e dovranno essere sollevate tutte le eventuali eccezioni di legittimità e di merito e prodotte le prove a sostegno delle reciproche tesi. Deve, quindi,

escludersi che la mancata produzione di atti o il mancato esame degli stessi in sede di audizione personale possa in alcun modo incidere sulla ammissibilità o validità della citazione o costituire violazione del diritto di difesa, dato che tutte le argomentazioni difensive, per potere essere prese in considerazione dal giudice, devono essere riproposte nel dibattimento per essere sottoposte al vaglio del collegio”.

Ciò premesso, ai fini dell'interpretazione della disciplina in esame, occorre preliminarmente esaminare la lettera della legge. L'art. 5, comma 1, del d.l. n. 453/1993, convertito in legge n. 19/1994, integrato dall'art. 1, comma 3 bis, della legge n. 639/1996, stabilisce testualmente che “prima di emettere l'atto di citazione in giudizio, il procuratore regionale invita il presunto responsabile del danno a depositare, entro un termine non inferiore a trenta giorni dalla notifica della comunicazione dell'invito, le proprie deduzioni ed eventuali documenti. Nello stesso termine il presunto responsabile può chiedere di essere sentito personalmente...”.

Dalla dizione letterale della norma emerge che il “deposito di deduzioni ed eventuali documenti” e la “audizione personale” non sono posti sullo stesso piano. Mentre il deposito delle deduzioni costituisce un adempimento, sia pure facoltativo, ad un invito obbligatorio per il p.m., l'audizione personale costituisce oggetto di richiesta del presunto responsabile allo stesso p.m., al di fuori di qualsiasi sollecitazione di quest'ultimo. Ora la richiesta, in quanto tale, presuppone la possibilità del suo accoglimento o della sua reiezione. In altri termini, se non si vuole stravolgere il significato delle parole, non si è affatto in presenza di un diritto, ma di una mera petizione. Se il legislatore avesse effettivamente voluto garantire all'interessato una posizione giuridica soggettiva di pieno diritto all'audizione, avrebbe dovuto disciplinare diversamente la materia, ad esempio prevedendo che “il presunto responsabile, a sua richiesta, ha il diritto di essere sentito personalmente”.

Né può parlarsi di violazione del diritto di difesa, costituzionalmente garantito. Come osservato dalla Sezione Sardegna nella sentenza n. 1830/2008 “non può ritenersi violato il diritto di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione, tenuto conto che, secondo l'esatta osservazione del p.m. d'udienza, la violazione del diritto alla difesa presuppone che vi sia un giudizio incardinato” mentre l'istituto in questione “si colloca in una fase preprocessuale”. Con sentenza n. 269/2012, la Sezione App. Sicilia ha escluso che qualsiasi eventuale inadempimento “in sede di audizione personale possa in alcun modo costituire violazione del diritto di difesa, dato che tutte le argomentazioni difensive, per potere essere prese in considerazione dal giudice, devono essere riproposte nel dibattimento per essere sottoposte al vaglio del collegio”.

Sul punto, è opportuno ricordare l'insegnamento della Corte costituzionale la quale, con sentenza n. 163/1997, ha statuito che “l'invito a dedurre attiene ad una fase che precede l'accertamento delle responsabilità, suscettibile, alternativamente, di mettere capo all'instaurazione del giudizio ovvero all'archiviazione, ma tale da non inficiare la tradizionale regola secondo la quale, nel giudizio di responsabilità amministrativa, il giudice è investito della

causa solo attraverso l'atto di citazione (sentenza n. 415 del 1995)".

Infine, nessuna disposizione prevede la nullità o l'inammissibilità dell'atto di citazione nel caso di assenza o di irregolarità dell'audizione, né si ritiene che una sanzione di tale gravità possa essere introdotta in sede interpretativa, oltre tutto in assenza di violazione di principi di rango costituzionale, come il diritto alla difesa che si esplica nell'ambito del giudizio già instaurato.

Anche su tale punto, soccorre la sentenza n. 269/2012 della Sezione App. Sicilia, secondo cui deve "escludersi che la mancata produzione di atti o il mancato esame degli stessi in sede di audizione personale possa in alcun modo incidere sulla ammissibilità o validità della citazione".

In conclusione, il p.m. contabile, una volta ricevuta la richiesta di audizione personale, se in linea di massima accoglierà la richiesta, potrà comunque anche denegarla qualora, allo stato degli atti, la ritenga superflua (ad es. alla luce delle depositate deduzioni) e fonte di inutili ritardi, in violazione dei principi costituzionali riguardanti la giusta durata dei processi, senza che da tale determinazione possa derivare alcuna conseguenza sulla validità dell'atto di citazione, i cui addebiti potranno essere pienamente confutati dal presunto responsabile nell'ambito di un corretto contraddittorio svolto in sede giudiziaria, in perfetta aderenza con l'esercizio del diritto di difesa.

2) Configurabilità del c.d. danno alla concorrenza in presenza di contratti di appalto nulli o inesistenti.

Nel caso esaminato dalla Sezione campana, un sindaco, con proprio atto autorizzativo, privo della necessaria copertura finanziaria, incaricava una cooperativa di svolgere attività di vigilanza nel proprio comune. In tale situazione, secondo la Sezione, il consiglio comunale doveva procedere ad una valutazione della fattispecie di spesa irregolarmente posta in essere vagliando l'esistenza tanto delle condizioni (utilità ed arricchimento) espressamente previste dall'art. 194, comma 1, lett. e), del t.u.e.l. n. 267/2000, quanto delle ragioni in base alle quali gli organi di amministrazione dell'ente avevano disatteso le regole per l'assunzione del regolare impegno della spesa relativa al servizio in questione, effettuando così una rigorosa verifica dei presupposti normativi preordinati al valido e regolare riconoscimento del "debito fuori bilancio".

A seguito della notifica di atto di citazione da parte della cooperativa per il pagamento del compenso pattuito, il consiglio comunale provvedeva a riconoscere con delibera consiliare, ai sensi dell'art. 194 d.lgs. 267/2000, il debito de quo, limitatamente alla sorta capitale (€ 24.732,00). La Sezione ha accolto la tesi della Procura secondo cui il danno conseguente andava prospettato come "danno alla concorrenza" - da individuare sulla base di indici rivelatori univoci della violazione dei parametri di imparzialità e buon andamento riguardanti qualsiasi commessa pubblica di lavori, forniture e servizi - quantificato nel 5% di tale somma, ovvero in € 1.236,60, quale risparmio di spesa che si sarebbe conseguito attivando una valida procedura concorrenziale, trattandosi di appalto di fornitura di servizi (Sez. giur.

Lombardia, sentenza n. 598/2009).

Per quanto, poi, concerne il nesso di causalità, la Sezione ha puntualizzato che il sindaco ha autorizzato il servizio di sorveglianza in assenza del necessario impegno di spesa, né ha proceduto alla stipulazione del relativo contratto. Lo stesso sindaco ha inoltre dichiarato che il servizio prestato dalla cooperativa è stato insoddisfacente e per questo motivo il rapporto è stato interrotto. Conclusivamente la Sezione ha osservato che, con la delibera consiliare, si è proceduto al riconoscimento della partita debitoria, limitatamente alla sorte capitale, valutando, però, con argomentazioni di spessore più teorico che concreto, l'effettiva utilità della prestazione resa, con la conseguenza che l'esborso illecito - perché effettuato senza l'osservanza delle procedura di spesa disciplinate *ex lege* - va pur sempre ricollegato anche alla delibera consiliare n. 36/2004, ma con un'incidenza pari soltanto al 10% del totale, dovendosi il restante 90% porre in relazione diretta con l'atto sindacale. Riguardo, poi, all'elemento soggettivo dell'illecito come colpa grave, questo è stato ritenuto sussistente soltanto per il sindaco mentre gli altri convenuti sono stati prosciolti da ogni addebito, per aver contribuito alla determinazione del 10% del danno assumendo un comportamento imprudente ma non tale da assumere la connotazione della colpa grave. Infatti, essi hanno agito, pur se in modo discutibile e grossolano, per evitare la prosecuzione del procedimento contenzioso instaurato dall'azienda privata nei confronti del comune.

Ciò premesso, sulla statuizione in esame, possono essere formulate le seguenti osservazioni.

Indubbiamente la circostanza che il servizio di vigilanza sia stato affidato ad una cooperativa al di fuori di qualsiasi procedura di gara integra i presupposti per l'individuazione del c.d. "danno alla concorrenza", come puntualmente disposto dalla Sezione campana.

Peraltro, ad avviso dello scrivente, fatto salvo quanto si dirà nel successivo punto 3), dovrebbe ritenersi sussistente un danno pari all'intero esborso della somma versata, alla luce della giurisprudenza della Cassazione in materia, tenuto conto che risulta *per tabulas* l'assenza della stipulazione del contratto fra la parte pubblica e quella privata per la prestazione del servizio di vigilanza.

Come statuito dalla suprema Corte con sentenza n. 7298/2009, va riconosciuta la "nullità del contratto per difetto di forma scritta ad substantiam trattandosi di contratto stipulato dalla p.a., per il quale il difetto di forma non può essere supplito da altro mezzo di prova o dal comportamento delle parti che abbiano implicitamente od esplicitamente ammesso l'esistenza del diritto". Inoltre, "la Corte, con costante giurisprudenza, ha affermato che "il riconoscimento, da parte dei comuni, province o comunità montane, di debiti fuori bilancio, ai sensi del d.l. n. 66/1989, art. 24, (conv., con modif., nella l. n. 144/1989) e del d.l. n. 6/1991, art. 12 bis, (conv., con modif., nella l. n. 80/1991), rientra in un regime provvisorio che consente di far salvi gli impegni di spesa in precedenza assunti senza copertura contabile, ma non innova in alcun modo

alla disciplina che regola la stipula dei contratti da parte della P.A., né introduce una sanatoria per i contratti eventualmente nulli o comunque invalidi; sicché il predetto riconoscimento presuppone necessariamente l'esistenza di un'obbligazione validamente assunta dall'ente locale, anche se sprovvista di copertura finanziaria, e non può costituire esso stesso fonte di obbligazione (Cass. n. 11021/2005; n. 27406/2008)". Con sentenza n. 9412/2011, la Cassazione ha ribadito che il riconoscimento di debiti fuori bilancio consente di far salvi gli impegni di spesa in precedenza assunti senza copertura contabile, ma non introduce una sanatoria per i contratti nulli per cui il predetto riconoscimento non può costituire esso stesso fonte di obbligazione.

In conclusione, in assenza di contratto, nulla spettava alla cooperativa che, in sede giudiziaria, si sarebbe vista respingere la richiesta di corrispettivo nei confronti del comune, alla luce della citata giurisprudenza della Cassazione.

3) Criteri per l'individuazione della *utilitas* per la p.a. derivante da contratti nulli o inesistenti.

In sede civilistica l'interessata, nella specie la cooperativa di vigilanza, avrebbe potuto agire nei confronti del comune con altra autonoma azione, prevista dall'art. 2041 c.c., peraltro nei limiti dell'arricchimento dell'ente pubblico.

In sede di giudizio di responsabilità amministrativo-contabile, ai sensi dell'art. 3, comma 1 bis, della legge n. 639/1996, "deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità".

A questo punto, occorre valutare i criteri, prima in generale e poi in relazione al caso particolare in esame, per l'individuazione dei vantaggi, economicamente valutabili, che possano essere computati in detrazione della somma costituente danno erariale.

Tali criteri consistono nell'accertamento che i fatti vantaggiosi siano concretamente ravvisabili nell'ambito del medesimo contesto nel quale si è sviluppata la vicenda che ha comportato la produzione del danno erariale ed effettivamente utilizzati dall'amm.ne per il perseguimento dei propri fini istituzionali.

Come chiarito dalla Sez. III App. con sentenza n. 110/2006, sussiste la "necessità, ai fini della validità della compensazione, che la stessa si ricolleggi ad un unico fatto genetico, produttivo sia del danno che dei presunti vantaggi: ciò in aderenza, del resto, all'indirizzo prevalente della giurisprudenza secondo la quale i criteri cui il giudice deve attenersi per l'applicazione della norma sui "vantaggi" sono sostanzialmente - pur nella diversità dei due istituti - i medesimi che presiedono alla più generale regola della "*compensatio lucri cum damno*": accertamento dell'effettività dell'*utilitas* conseguita; medesimo fatto generatore determinante sia il danno che il vantaggio in relazione ai comportamenti tenuti; appropriazione dei risultati stessi da parte della pubblica

amministrazione che li riconosce; rispondenza della stessa *utilitas* ai fini istituzionali dell'amministrazione che li riceve”.

Inoltre, la circostanza che debba “tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti”, induce a ritenere che debba farsi una valutazione obbiettiva dell'esistenza di tali vantaggi, indipendentemente dalle modalità della loro produzione in termini di legittimità.

Sul piano probatorio, il convenuto che eccepisca la mancanza o la minore entità del danno erariale in presenza dei vantaggi conseguiti dall'amm.ne, dovrà dimostrare la loro sussistenza e l'effettiva utilizzazione da parte dell'amm.ne stessa.

Nel caso esaminato dalla Sezione campana, nella valutazione della *utilitas*, occorre tener conto delle seguenti circostanze:

A)“Con la delibera consiliare, si è proceduto al riconoscimento della partita debitoria, limitatamente alla sorte capitale, valutando, però, con argomentazioni di spessore più teorico che concreto, l'effettiva utilità della prestazione resa”.

B)“Lo stesso sindaco ha dichiarato che il servizio prestato dalla cooperativa è stato insoddisfacente e per questo motivo il rapporto è stato interrotto”.

Alla luce di tali affermazioni risulta evidente che la *utilitas* non è stata in linea con la somma erogata, vista la insoddisfacente prestazione, ma addirittura è dubbia l'utilità di questa prestazione, viste le argomentazioni formulate in sede di delibera consiliare “di spessore più teorico che concreto”.

In tale situazione, a meno di non giungere al radicale rifiuto di valutazione della *utilitas*, per evidenti carenze probatorie, si sarebbe dovuta, quanto meno, operare una congrua, notevole riduzione del compenso pattuito, tenuto conto della produzione di un servizio “insoddisfacente”.

Roma 4 marzo 2013

Antonio VETRO

(Presidente on. Corte dei conti)