

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfirecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2021 - Anno XLII

TUTELA DELLA CONCORRENZA E RESPONSABILITÀ ERARIALE

della Dott.ssa Valentina Alonzi, Funzionario Esperto di finanza pubblica della Corte dei conti

INDICE

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

CAPITOLO I

L'ATTIVITA' CONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E LA TUTELA DELLA CONCORRENZA 4

1. L'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione e il perseguimento del pubblico interesse.
2. Le fonti dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione e il perseguimento del pubblico interesse.
 - 2.1. I principi costituzionali.
 - 2.2. La normativa europea.
 - 2.3. Le fonti di rango primario: dalla legge di contabilità pubblica al Codice degli appalti pubblici.
3. La tutela della concorrenza nella fase prodromica alla stipulazione del contratto: la procedura a evidenza pubblica.
4. La tutela della concorrenza nella fase di esecuzione del contratto.

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA PER VIOLAZIONE DELLE NORME A TUTELA DELLA CONCORRENZA

1. La responsabilità amministrativa. Profili generali.
2. La responsabilità amministrativa conseguente alla violazione delle regole sulla concorrenza. Gli elementi costitutivi: il rapporto di impiego o di servizio.
 - 2.1. L'elemento soggettivo: il dolo e la colpa grave.
 - 2.2. La condotta.
 - 2.2.1. L'affidamento diretto al di fuori dei casi consentiti dalla legge.
 - 2.2.2. L'omessa pubblicità della gara.
 - 2.2.3. La proroga illegittima.
 - 2.2.4. L'artificioso frazionamento dell'appalto.
3. Il danno erariale.
4. Il nesso di causalità.

CAPITOLO III

DAL DANNO "ALLA CONCORRENZA" AL DANNO "DA OMESSA CONCORRENZA" NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DEI CONTI

1. Evoluzione giurisprudenziale: il danno "alla concorrenza".
 - 1.2. Il danno "da omessa concorrenza".
2. La prova del danno e la sua quantificazione.
3. Cumulabilità con altre voci di danno erariale.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

BIBLIOGRAFIA

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Principio immanente all'attività contrattuale della pubblica amministrazione è la necessità che ogni esborso di denaro pubblico sia preceduto da una procedura comparativa.

Già la Legge di contabilità generale dello Stato aveva individuato nei pubblici incanti la soluzione più idonea ad assicurare il soddisfacimento dell'interesse pubblico al conseguimento di un risparmio di spesa, rispetto al quale la tutela della concorrenza assumeva un ruolo secondario e strumentale.

Con l'avvento del diritto comunitario la concorrenza è divenuta, poi, oggetto immediato di tutela.

La crisi economica che ancora oggi attanaglia l'Italia, aggravata dall'insorgenza della pandemia nel marzo 2020, ha determinato l'esigenza di garantire un'oculata gestione delle risorse pubbliche.

Non a caso la Corte costituzionale¹, ha riconosciuto al bilancio il valore di "bene pubblico", quale strumento per dare certezza alle scelte in materia economica e finanziaria e per consentire il soddisfacimento degli interessi della comunità, nel bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche.

In tale contesto, un ruolo essenziale è affidato alla Corte dei conti, quale garante terzo ed imparziale preposto al controllo delle risorse pubbliche attraverso le funzioni ad essa affidate dall'art. 100 della Carta costituzionale e al perseguimento di condotte dolose o gravemente colpose causative di danno erariale ai sensi dell'art. 103 Cost.

¹ Corte costituzionale 20 luglio 2016, n. 184.

Compito della magistratura contabile è quello di assicurare il corretto uso delle risorse pubbliche e di verificare che l'azione amministrativa sia finalizzata al conseguimento dell'interesse della collettività e non ad interessi di gruppi o di singoli, nel rispetto del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e dei principi di buon andamento ed imparzialità sanciti dall'art. 97 Cost.

Le norme nazionali ed europee prevedono che l'affidamento e l'esecuzione di pubblici lavori, servizi e forniture debba svolgersi nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

Detti principi impongono all'amministrazione procedente di selezionare il contraente privato attraverso una procedura ad evidenza pubblica governata da regole pubblicistiche volta all'individuazione della migliore offerta e atta a garantire la tutela della concorrenza.

Siffatta procedura, così tipizzata dalla legge, è quindi volta ad assicurare che la scelta avvenga in modo oggettivo salvaguardando la selezione e la concorrenza affinché l'appalto venga aggiudicato alle migliori condizioni contrattuali per l'amministrazione sia in termini di migliore offerta economica sia in termini di affidabilità del contraente privato.

Ne consegue che la violazione di tali regole si sostanzia in un comportamento illecito suscettibile di cagionare un danno all'erario.

In quest'ottica, la giurisprudenza contabile ha elaborato un'autonoma voce di danno erariale, conseguente al mancato rispetto delle regole di evidenza pubblica: il c.d. danno alla concorrenza.

Il presente lavoro si concentra su tale tipologia di danno erariale che raramente ha interessato gli studiosi in materia - al punto che la maggior parte della manualistica non lo contempla neppure tra le varie tipologie di illecito - ma che è stato oggetto di importanti pronunce da parte dei giudici contabili.

La trattazione è suddivisa in tre capitoli.

Il primo, introduttivo, analizza il rapporto tra concorrenza e attività contrattuale della pubblica amministrazione.

Il secondo capitolo analizza gli elementi costitutivi della responsabilità erariale, con riferimento specifico alla violazione delle regole di evidenza pubblica.

Il terzo capitolo si concentra, invece, sul danno alla concorrenza e analizza le criticità emerse nella giurisprudenza contabile.

CAPITOLO I

L'ATTIVITA' CONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E LA TUTELA DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. L'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione e il perseguimento del pubblico interesse. 2. Le fonti dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. 2.1. La Costituzione. 2.2. La normativa europea. 2.3. Le fonti di rango primario: dalla legge di contabilità pubblica al Codice degli appalti pubblici. 3. La tutela della concorrenza nella fase prodromica alla stipulazione del contratto: la procedura a evidenza pubblica. 4. La tutela della concorrenza nella fase di esecuzione del contratto.

1. L'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione e il perseguimento del pubblico interesse.

Le amministrazioni pubbliche, nell'ambito della loro attività istituzionale, oltre ai tradizionali strumenti di tipo pubblicistico possono ricorrere a forme negoziali di natura privatistica.

Queste ultime, spesso, rappresentano il mezzo più idoneo per il perseguimento dell'interesse pubblico di cui sono portatrici.

L'interesse pubblico è, infatti, la finalità precipua e comune ad entrambe le sfere di attività della pubblica

amministrazione e rappresenta espressione dei principi di buon andamento e di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione, così come di quelli che ne costituiscono derivazione, quali quelli di efficacia, di economicità, di efficienza, di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa².

Quando la pubblica amministrazione si avvale di strumenti privatistici per il perseguimento dei propri fini istituzionali, agisce su un piano di parità rispetto al privato cittadino e non in veste di soggetto titolare di poteri autoritativi.

Come è stato sottolineato da autorevole dottrina, la nozione "contratto pubblico" è un ossimoro, una contraddizione misteriosa, la conciliazione di poli antitetici³. Tale discrasia è però solo apparente e si risolve con il ricorso alla teoria della doppia capacità⁴ secondo cui la pubblica amministrazione è anche un soggetto di diritto comune, titolare di una generale capacità privatistica.

L'autonomia negoziale della pubblica amministrazione non è però assoluta ma è soggetta al limite teleologico del vincolo di scopo per la scelta del contraente oltre che al limite negoziale di cui all'art. 1418, comma 1, del codice civile⁵.

² Oggi positivamente sanciti all'art. 1 della legge 241/1990, nel testo novellato dalla legge 15/2005. Tale legge, tra i principi regolatori dell'attività amministrativa, richiama, inoltre, quelli provenienti dall'ordinamento comunitario, in larga parte frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia.

³ **F. CARINGELLA**, Manuale di diritto amministrativo, Dike Giuridica, 2018.

⁴ Art. 11 del codice civile secondo cui *"le province e i comuni nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono di diritti secondo le leggi e gli usi osservati come di diritto pubblico"*.

⁵ Secondo cui *"il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente"*.

Più che di “contratto pubblico”, allora, sembrerebbe più corretto parlare di “contratto del soggetto pubblico” onde chiarire che l’unico profilo pubblicistico risiede nella qualità soggettiva del contraente.

Sul piano oggettivo, invece, il contratto non è atto di diritto pubblico bensì negozio di diritto privato e, come tale, soggetto alle regole del codice civile⁶.

La generale possibilità per le pubbliche amministrazioni di far ricorso a strumenti contrattuali è da lungo tempo contemplata nel nostro ordinamento⁷ e trova la sua originaria regolamentazione – nella fase antecedente al fenomeno di integrazione europeo - nella legge generale di contabilità dello Stato e nel relativo regolamento di esecuzione⁸.

Tale collocazione rinveniva la sua ratio nell’obiettivo primario di garantire una gestione corretta ed efficiente del danaro pubblico nell’interesse esclusivo dell’Amministrazione committente.⁹

⁶ Art. 30, comma 8, del D.lgs. 50 del 2016 “(...) alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”.

⁷ Come osserva **V. ROPPO**, “Il Contratto” in “Trattato di diritto privato” (a cura di G. Ludica e P. Zatti), Giuffrè ed., 2011 “secondo una visione “giacobina” dell’azione pubblica, solo nel campo delle relazioni internazionali è ammissibile il ricorso al paradigma consensuale: le convenzioni fra Stati, viste come la sola possibile alternativa alla guerra. Il paradigma consensuale è invece escluso all’interno del singolo Stato: dove si ritiene che il massimo di efficacia, razionalità e giustizia possa raggiungersi solo se l’azione pubblica procede per decisioni unilaterali non negoziate; e la contrattazione delle politiche pubbliche è vista come un attentato a valori non negoziabili, quali l’universalità della legge, la responsabilità dei governanti, la prevalenza dell’interesse pubblico su quello privato. Questa visione è messa in crisi da generali linee di sviluppo della società contemporanea, e da più specifici processi che investono i modi di produzione delle politiche pubbliche ad opera delle pubbliche amministrazioni”.

⁸ Approvati rispettivamente con R.D. 18 novembre 1023, n. 2440 e con R.D. 23 maggio 1924, n. 824.

⁹ La disciplina ivi contenuta mirava, da un lato, ad assicurare le condizioni economiche più favorevoli per l’amministrazione mettendo in concorrenza le imprese limitando così il rischio di collusione tra quest’ultime; dall’altro, a contrastare il rischio di fenomeni corruttivi che vedevano coinvolti i propri funzionari. Sul punto, **M. CLARICH** *Contratti pubblici e concorrenza* https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2016/09/M.Clarich_Contratti-pubblici-e-concorrenza.pdf

L'interesse dei contraenti al corretto svolgimento della gara era tutelato solo di riflesso.¹⁰

Agli inizi degli anni '90, gli appalti pubblici sono divenuti oggetto di una maggiore attenzione da parte dell'ordinamento soprattutto a causa del contesto politico dell'epoca connotato dalla nota vicenda "Tangentopoli" che aveva reso necessario intervenire in tale settore con norme di assoluto rigore, volte a limitare ogni spazio di discrezionalità delle stazioni appaltanti¹¹.

L'applicabilità della disciplina privatistica è stata, poi, positivamente riconosciuta dall'art. 1 della legge 241 del 1990, nel testo introdotto dalla legge 15 del 2005 ed inserita tra i principi dell'attività amministrativa.

La norma in parola, al comma 1-bis, dispone infatti che "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente"¹².

¹⁰ Come osserva **F. CARINGELLA**, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2018, "la normativa interna di evidenza pubblica aveva il principale intento di tutelare l'interesse dell'Amministrazione al conseguimento della *"soluzione migliore in termini di qualità ed economicità, imponendo una procedura finalizzata ad assicurare la stipulazione del contratto al soggetto che fosse in grado di assicurare la migliore prestazione a condizioni economicamente più favorevoli. L'interesse del privato era, invece, tutelato solo occasionalmente e ciò comportava la qualificazione della posizione soggettiva del contraente in termini di interesse legittimo, con ripercussioni sulla risarcibilità del danno, tradizionalmente esclusa."*

¹¹ In tale periodo si inserisce la Legge quadro in materia di lavori pubblici dell'11 febbraio 1994, n.109, c.d. legge Merloni (ed è ad essa che si sostituisce il Codice degli appalti D.lgs. 163/2006) più volte modificata e integrata da successivi interventi noti come Legge Merloni-*bis* (D.L. 3 aprile 1995, n. 101, conv. in L. 2 giugno 1995, n. 216), Legge Merloni-*ter* (legge 18 novembre 1998, n. 415), Legge Merloni-*quater* (legge 1° agosto 2002, n. 166). Completavano il quadro normativo due regolamenti di attuazione, il d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e il d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34.

¹² L'*iter* normativo di questa disposizione è stato particolarmente travagliato. Nel testo originariamente approvato al Senato, la formulazione era volta ad affermare il principio di supremazia del diritto privato, quale regola generale, senza limitazioni in relazione ad alcune categorie di atti. La Camera, al contrario, in prima lettura, optò per una soluzione di segno opposto, tesa a sancire dei limiti all'uso dello strumento privatistico. Secondo tale impostazione, il diritto privato costituiva una mera facoltà per la pubblica amministrazione, il cui uso era subordinato ai criteri e alle condizioni stabiliti dalla legge. La formulazione varata in via definitiva dal Parlamento accoglie tale ultimo orientamento, stabilendo che "la

La nuova disposizione è stata letta da alcuni autori come un mutamento epocale per l'azione amministrativa, imponendo il diritto privato come regola e non come eccezione, in tutti i casi in cui l'attività delle pubbliche amministrazioni non sia interamente disciplinata da norme di diritto pubblico e non costituisca espressione di poteri pubblicistici connotati da imperatività.

Altri ne hanno ridimensionato la portata innovativa, evidenziando come l'amministrazione non risulti, comunque, affrancata dalla necessità che il suo agire persegua in ogni caso il pubblico interesse e rimanga pur sempre caratterizzato da un vincolo di scopo, ancorché l'azione sia soggetta alle regole di diritto comune, con ogni relativa conseguenza correlata al piano di pariteticità su cui verranno a svolgersi i rapporti tra la medesima amministrazione e i terzi¹³.

E' ormai pacificamente riconosciuto che gli interessi pubblici possono essere curati normalmente dalla pubblica amministrazione sia in forma autoritativa che contrattuale¹⁴

pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

¹³ Cfr. **F. CARINGELLA**, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, 2018, "è ormai acquisito che la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione è una categoria generale. E' del tutto superata l'opposta tesi della sussistenza di una limitazione generale della capacità negoziale della P.A. (...) Non è, naturalmente, una libertà assoluta in quanto è limitata dai vincoli pubblicistici, di derivazione comunitaria e nazionale, che riguardano l'individuazione del contraente." V. anche **G. ZANOBINI**, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, VIII ed., Milano, 1958, secondo cui "anche nella scelta tra più mezzi egualmente consentiti, la amministrazione è tenuta a dare preferenza al più adatto, più utile e conveniente in ordine al fine che si tratta di conseguire: l'uso di un mezzo inadatto o inopportuno costituisce vizio di merito dell'attività. È chiaro, quindi, quanto sia diversa la discrezionalità dell'amministrazione dalla comune libertà. Quest'ultima è la facoltà di scelta di cui ciascuno dispone nella direzione della propria vita e nella cura dei propri interessi; quella è la facoltà di scelta propria di colui che agisce al servizio degli altri, cioè per il conseguimento di fini altrui, di fini da altri imposti e voluti".

¹⁴ **V. ROPPO**, "Il Contratto" in *"Trattato di diritto privato"* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), Giuffrè ed., 2011 nel trattare del contratto come "paradigma generale dell'azione pubblica", afferma: "Si diffonde sempre più il ricorso, da parte delle pubbliche amministrazioni impegnate nell'attuazione di politiche pubbliche, a strumenti modellati sul

e che per taluni settori la forma contrattuale è più idonea di quella autoritativa.

Anzi, qualora non ricorrano le condizioni o i presupposti per potersi avvalere dello strumento autoritativo, la pubblica amministrazione è tenuta ad utilizzare gli strumenti privatistici¹⁵.

Ne deriva che anche l'attività amministrativa di natura non autoritativa deve svolgersi nel rispetto dei canoni costituzionali e di derivazione comunitaria prima richiamati e posti a garanzia del pubblico interesse¹⁶.

Quest'ultimo, anche dopo le modifiche alla legge sul procedimento, si conferma quale elemento di differenziazione tra la posizione giuridico-soggettiva del privato, che persegue scopi prettamente personalistici, e quella delle pubbliche amministrazioni, le cui attività risultano collegate alla cura degli interessi pubblici a queste

paradigma del contratto anziché sul tradizionale paradigma dell'atto amministrativo come atto unilaterale e autoritativo. Il fenomeno investe, per cominciare, i rapporti tra la pubblica amministrazione e i suoi dipendenti: in precedenza il rapporto d'impiego pubblico si basava su atti amministrativi; oggi si modella come contratto fra l'amministrazione e il dipendente, fonte di posizioni soggettive tutelabili non più davanti alla giurisdizione amministrativa ma davanti all'ordinario giudice del lavoro. Ma la contrattualizzazione dell'azione amministrativa si manifesta con forza soprattutto nei rapporti fra la pubblica amministrazione e i suoi interlocutori esterni. Si moltiplicano i casi in cui le decisioni pubbliche sono prese sulla base di un accordo formale fra l'amministrazione competente e altri soggetti cointeressati o controinteressati. Il campo entro cui la tendenza ha cominciato, storicamente, a manifestarsi in modo significativo è quello dell'urbanistica, con le convenzioni urbanistiche fra la competente autorità pubblica (per lo più il Comune) e i privati interessati all'utilizzazione edilizia dei suoli: la formula "urbanistica contrattata" designa precisamente il fenomeno per cui il contratto sostituisce il piano come strumento di governo pubblico del territorio".

¹⁵ Come osserva **F. CARINGELLA**, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, 2018 "L'amministrazione è tenuta sempre a una valutazione costi-benefici, i cui esiti devono essere esplicitati in sede motivazionale, nel decidere come procurarsi le risorse necessarie per raggiungere i fini istituzionali. Deve valutare e spiegare se sia meglio comprare o espropriare, stipulare un contratto di locazione o requisire..."

¹⁶ Come recentemente affermato dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sent. n. 5 del 18 febbraio 2020 "l'attività della pubblica amministrazione risulta costantemente funzionalizzata alla cura, tutela, perseguimento dell'interesse pubblico, sia che a tali fini vengano esercitati poteri pubblicistici ad essa conferiti sia che vengano utilizzati strumenti propri del diritto privato, in un contesto generale già delineato attraverso l'esercizio di potestà pubbliche".

assegnati per legge e rientranti nei rispettivi ambiti di competenza¹⁷.

Una tale diversificazione di posizioni e l'obbligo di rispettare i criteri di pubblicità e trasparenza, si manifesta già nel momento formativo del rapporto contrattuale, essendo le amministrazioni pubbliche tenute all'espletamento di procedure ad evidenza pubblica.

2. Le fonti dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione e il perseguimento del pubblico interesse.

Le fonti normative dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione si rinvencono nella Costituzione italiana, nella normativa europea e nelle leggi nazionali.

2.1. I principi costituzionali.

L'art. 97 della Costituzione italiana enuncia i principi fondamentali di legalità, di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione.

Il principio di legalità - in virtù del quale "i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge" - comporta che l'attività amministrativa di cui il contratto è

¹⁷ Cfr. **E. CASETTA**, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014: "gli atti compiuti dall'amministrazione in vista della conclusione del contratto sono sempre finalizzati al perseguimento di interessi pubblici e, di conseguenza, non sono riconducibili agli atti di autonomia dei privati. È, dunque, la funzionalizzazione immanente all'attività della pubblica amministrazione che impone di qualificare in modo diverso l'attività contrattuale dell'amministrazione rispetto a quella dei privati: questi sono normalmente liberi di perseguire i propri fini, la prima deve avere sempre come parametro la cura di interessi pubblici".

espressione necessita di una disposizione di legge che la consenta.

L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione non può mai essere espressione di un diritto di libertà, come per i privati, ma è sempre vincolata ai fini pubblici normativamente predeterminati.

La legittimazione della pubblica amministrazione ad agire iure privatorum non esonera la stessa dall'osservanza delle garanzie che la legge sul procedimento amministrativo riconosce ai soggetti destinatari dell'azione amministrativa (come, ad es. in tema di accesso agli atti).

Ne deriva che il contratto pubblico risulta caratterizzato dai seguenti caratteri peculiari: una procedimentalizzazione contrattuale volta ad individuare il contraente privato (la c.d. procedura ad evidenza pubblica); la presenza di vincoli relativi al contenuto del contratto (es. termini e durata certi, divieto di rinnovo); l'obbligo della copertura finanziaria della spesa che l'amministrazione assume¹⁸ e la sottoposizione ai controlli preventivi di legittimità della Corte dei conti nei casi previsti dalla legge e ai controlli di legalità amministrativo-contabile da parte della Ragioneria Generale dello Stato.

Il principio di buon andamento impone che l'attività contrattuale sia ispirata a canoni di efficienza¹⁹, di efficacia²⁰ e di economicità²¹.

¹⁸ Sul punto si osserva che la legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 ha introdotto al comma 1 dell'art. 97 Cost. il principio di corresponsabilità di tutte le pubbliche amministrazioni (ogni singola amministrazione pubblica, sia essa statale, territoriale o non territoriale) che compongono il sistema di finanza pubblica: *"le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico"*.

¹⁹ Il principio di efficienza è dato dal confronto tra risorse impiegate e risultati conseguiti.

Il principio di imparzialità implica l'adozione di procedure di selezione idonee a garantire la parità di trattamento dei soggetti interessati a contrattare con la pubblica amministrazione.

Parimenti rilevanti sono le disposizioni contenute nell'art. 117 Cost., comma 2, lett. e) e l) che attribuiscono allo Stato la legislazione esclusiva in materia di "tutela della concorrenza" e di "ordinamento civile".

La tutela della concorrenza è realizzata dal legislatore attraverso la previsione di una compiuta disciplina delle procedure propedeutiche alla stipulazione del contratto (quali il procedimento a evidenza pubblica e la definizione dei criteri di aggiudicazione per la scelta del miglior contraente) finalizzate a garantire il rispetto dei principi euro-unitari di libera circolazione delle merci e della libera prestazione dei servizi nel mercato unico, nonché, dei principi costituzionali di trasparenza e di parità di trattamento.

La Corte costituzionale ha precisato che la nozione comunitaria di concorrenza che viene in rilievo in tale sede e che si riflette sul citato art. 117, comma 2, lett. e), Cost. deve essere intesa come concorrenza "per" il mercato, "la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali. Ciò non significa che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi a rete,

²⁰ Il principio di efficacia si sostanzia nella necessità che la stazione appaltante operi in modo congruo rispetto allo scopo.

²¹ Il principio di economicità si sostanzia nell'uso ottimale delle risorse impiegate nell'appalto affinché non vi sia un'inutile eccedenza di impiego di risorse nello svolgimento della gara o nell'esecuzione del contratto.

non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza “nel” mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l’altro, mediante l’eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese (v. considerando n. 3 della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/17/CE)”²².

La competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile, nel settore degli appalti pubblici, implica, invece, una regolamentazione uniforme della fase di esecuzione del contratto (es. durata, garanzie, modalità di stipulazione, verifica, collaudo etc.) su tutto il territorio nazionale.

Tale fase è chiaramente riconducibile all’ambito dell’ordinamento civile in quanto caratterizzata dall’agire iure privatorum da parte della pubblica amministrazione.

La competenza esclusiva dello Stato nelle citate materie si pone inevitabilmente come limite alla competenza legislativa delle Regioni nel settore degli appalti pubblici.

Sul punto la Corte Costituzionale in un’importante decisione ha ritenuto costituzionalmente legittima la formulazione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure e ha sancito l’inderogabilità delle relative disposizioni, le quali “legittimamente incidono, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano, senza che ciò determini una compressione irragionevole e sproporzionata di alcuna sfera di competenza regionale.

²² Corte Costituzionale, sentenza 23 novembre 2007, n. 401.

Il carattere trasversale della tutela della concorrenza, infatti, implica che essa, avendo ad oggetto la disciplina del mercato di riferimento delle attività economiche, può influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale, delle regioni”²³.

Ne consegue che devono considerarsi costituzionalmente illegittime, per contrasto con l’art. 117, comma 2, lett. e) e l) Cost. le disposizioni regionali che invadono la sfera di competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza e di ordinamento civile.

2.2. La normativa europea.

Nell’Unione europea gli appalti pubblici ammontano a 1900 miliardi di euro, circa il 14% del PIL²⁴.

Considerato il loro peso finanziario, gli appalti pubblici rivestono indubbiamente un'importanza fondamentale per la concorrenza, in particolare in settori quali l'energia, i trasporti, la difesa, le tecnologie informatiche e i servizi sanitari, in cui buona parte della domanda proviene dal settore pubblico.

L'esistenza di procedure di appalto pubblico efficienti è essenziale per risolvere molte delle principali sfide strategiche che l’Unione si è posta.

²³ Corte costituzionale, sentenza del 10 dicembre 2007, n. 430.

²⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa* – COM (2017) 572 final.

Tra queste figurano la crescita e l'occupazione, la disciplina di bilancio, la modernizzazione dell'amministrazione pubblica, la lotta contro corruzione e collusione, l'accesso al mercato per le PMI, la fiducia dei cittadini nelle autorità pubbliche e nella democrazia, nonché l'innovazione e la crescita sostenibile a livello ambientale e sociale.

La concorrenza promuove, infatti, la produttività e la creazione di posti di lavoro: induce le imprese ad essere più produttive ed innovative; favorisce una migliore allocazione delle risorse; consente alle imprese più innovative ed efficienti di entrare nel mercato e crescere.

Per questo motivo il diritto europeo dei contratti forma oggi un corpo ricco e articolato.

Con l'integrazione europea, l'Italia ha ceduto parte della propria sovranità per il perseguimento di obiettivi comuni a tutti gli Stati membri.

Il rapporto tra diritto europeo e diritto nazionale è, pertanto, regolato dal combinato disposto di cui all'art. 11 della Costituzione italiana e all'art. 189 del Trattato istitutivo.

Trattasi di "due sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato. Esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie - non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati - debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la

necessità di leggi di recezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione uguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari”²⁵.

Il riconoscimento costituzionale del primato del diritto europeo è sancito all’art. 117, comma 1, della Costituzione italiana ai sensi del quale “la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

Ciò implica che, in caso di contrasto, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare la norma interna e ad applicare quella europea.

La tutela della concorrenza negli appalti pubblici è assicurata non solo dal Trattato istitutivo dell’Unione europea, ma anche dal diritto comunitario derivato²⁶ (regolamenti e direttive) e dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia europea.

Tra le direttive europee rivestono particolare rilevanza: la direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull’aggiudicazione dei contratti di concessione; la direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici di

²⁵ Così, Corte costituzionale sentenza 27 dicembre 1973 n. 183.

²⁶ Sul punto, rivestono particolare importanza le seguenti direttive europee: la direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture e sui concorsi pubblici di progettazione (c.d. settori ordinari); la direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali (c.d. settori speciali); la direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull’aggiudicazione dei contratti di concessione. In particolare, l’art. 18 della direttiva 2014/24/UE, rubricato “*Principi per l’aggiudicazione degli appalti*”, prescrive alle amministrazioni aggiudicatrici di trattare gli operatori economici “*su un piano di parità e in modo non discriminatorio*”, “*di agire in maniera trasparente e proporzionata*” senza “*limitare artificialmente la concorrenza*”. La medesima formulazione viene ripresa anche dall’art. 36 della direttiva 2014/25/UE per i c.d. settori speciali.

lavori, servizi e forniture e sui concorsi di progettazione (c.d. settori ordinari); la direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (c.d. "settori speciali").

Le tre direttive sostituiscono e abrogano le previgenti direttive europee n. 17 e 18 del 2004 che erano state trasposte nel precedente Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 163 del 2006).

2.3. Le fonti di rango primario: dalla legge di contabilità pubblica al Codice degli appalti pubblici.

La disciplina nazionale di rango primario che regola l'attività negoziale della pubblica amministrazione si rinviene: nella legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, nelle disposizioni del Codice civile e nel Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nonché, per quanto riguarda i contratti attivi²⁷, nel R.D. 18 novembre, 1923 n. 2440.

La prima normativa interna di evidenza pubblica risale agli ordinamenti preunitari e, per decenni, i testi fondamentali in materia di contratti pubblici sono stati

²⁷ Nell'ambito dei contratti della pubblica amministrazione si distingue tra contratti attivi e passivi. I primi sono produttivi di un'entrata per l'amministrazione contraente mentre i secondi comportano una spesa per l'erario ai fini dell'approvvigionamento di beni, servizi o lavori. La descritta differenziazione si ripercuote sul regime applicabile: i contratti attivi restano disciplinati dal R.D. 18 novembre, 1923 n. 2440; i contratti passivi trovano compiuta disciplina nel vigente Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50 del 2016).

rappresentati dalla legge di contabilità pubblica²⁸ e dal relativo regolamento²⁹.

Tuttavia, la partecipazione dell'Italia all'Unione europea ha comportato la necessità di una rivisitazione della materia in ossequio ai principi sanciti a livello europeo e alla conseguente emanazione del Codice degli appalti pubblici dapprima con il D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e successivamente con il D.lgs. 50 del 2016.

L'attività contrattuale della pubblica amministrazione è caratterizzata da una netta scissione tra procedimento amministrativo a evidenza pubblica finalizzato alla scelta del contraente e la stipula del contratto con il soggetto aggiudicatario della gara.

Tale differenziazione si ripercuote sul piano del regime giuridico e del riparto di giurisdizione.

La fase a evidenza pubblica, sostanziandosi in un procedimento amministrativo è, infatti, governata dalle norme di cui alla legge 241 del 1990 - salvo quanto diversamente disposto dal D.lgs. 50 del 2016 - ed è sottoposta al sindacato del giudice amministrativo.

La fase di esecuzione del contratto, essendo espressione di autonomia privatistica, è regolata dalle disposizioni contenute nel codice civile – salvo le deroghe contenute nel citato D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50³⁰ - ed è sottoposta alla giurisdizione del giudice ordinario.

²⁸ R.D. 18 novembre, 1923 n. 2440.

²⁹ R.D. 23 maggio 1924, n. 827.

³⁰ L'art. 30, comma 8, del D.lgs. 50 del 2016 stabilisce che *“Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n.*

Le direttive europee in materia di appalti pubblici e di contratti di concessione del 2014 sono state recepite nel nostro ordinamento con il già menzionato D.lgs. 50 del 2016 recante il Codice dei contratti pubblici.

Si tratta di un testo unico che, in conformità alla normativa europea testé richiamata, contiene le disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici nei settori ordinari, dei contratti di concessione e degli appalti pubblici nei settori speciali.

I contratti attivi, invece, restano tutt'oggi disciplinati in via principale dalla normativa di contabilità di Stato contenuta nel richiamato R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e nei successivi atti attuativi.

Questi ultimi, pur non essendo assoggettati alle regole contenute nel codice degli appalti pubblici, sono sottoposti, al pari degli altri contratti e affidamenti esclusi, ai principi generali e comunitari sottesi al D.lgs. 50 del 2016³¹.

117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile".

³¹ Si richiama il contenuto dell'art. 4, D.lgs. 50 del 2016 ai sensi del quale *"l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".*

3. La tutela della concorrenza nella fase prodromica alla stipulazione del contratto: la procedura a evidenza pubblica.

Rispetto alla normativa nazionale, quella europea si è da sempre posta l'obiettivo di garantire la più ampia libertà di accesso al mercato favorendo la libera concorrenza e stigmatizzando comportamenti degli Stati membri volti a prediligere l'impresa nazionale nell'affidamento della commessa pubblica a discapito delle altre imprese europee.

Tuttavia, la finalità delle norme europee in materia di concorrenza non è solo quella di salvaguardare la libertà di circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento³², scongiurando discriminazioni fondate sulla nazionalità o sulla residenza, ma anche quella di assicurare la lealtà e la trasparenza nella competizione tra le imprese interne degli Stati membri nell'ottica di realizzare un mercato unico.

Con l'entrata in vigore del D.lgs. 163 del 2006 – in recepimento delle direttive europee sugli appalti – è stata introdotta nel nostro ordinamento una nuova concezione di procedura a evidenza pubblica.

Quest'ultima, oggi, non è più posta esclusivamente a tutela dell'interesse della pubblica amministrazione, ma è finalizzata anche alla salvaguardia degli interessi degli operatori economici.

³² La libera circolazione dei servizi è intesa quale libertà dell'imprenditore o del professionista di svolgere l'attività di impresa o professionale anche al di fuori del proprio ambito territoriale. Si differenzia rispetto al diritto di stabilimento in quanto quest'ultimo presuppone l'esercizio continuo e permanente di un'attività in un altro Stato membro.

L'affermarsi della tutela della concorrenza ha, infatti, comportato l'introduzione di regole tipiche del mercato quali il favor participationis, la pubblicità, la trasparenza, la parità di trattamento, nonché nuove regole pubblicistiche basate sulla puntuale procedimentalizzazione della scelta del contraente e il divieto di rinnovo dei contratti pubblici.

Il principio di libera concorrenza impone alle stazioni appaltanti il ricorso a procedure di gara per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture.

Tale principio è strettamente connesso ai principi di non discriminazione e di parità di trattamento.

Il principio di non discriminazione comporta il divieto, per le stazioni appaltanti, di operare restrizioni irragionevoli alle procedure di gara o penalizzazioni irragionevoli che rendano ardua la predisposizione delle offerte o ne impediscano la corretta valutazione.

Il principio di parità di trattamento comporta invece che i concorrenti siano valutati in modo uguale in presenza di situazioni uguali e in modo diverso in presenza di fatti diversi.

Nel diritto civile la scelta del contraente è retta da regole di comportamento la cui violazione determina esclusivamente conseguenze risarcitorie in capo al contraente che vi contravvenga.

Nell'ambito dei contratti pubblici, invece, la violazione della procedura di scelta del contraente non solo determina l'invalidità del provvedimento di aggiudicazione ma travolge anche il contratto stipulato a valle.

Come è stato correttamente evidenziato in dottrina, “la pubblica amministrazione non è tenuta a provocare la concorrenza, ma solo a rispettarla se essa esiste già”³³.

Ne deriva che non sussiste obbligo di indire una gara se la concorrenza manca come in caso di monopolio o in caso di autoproduzione mediante il modello dell’in house providing o mediante il ricorso a convenzioni tra altre amministrazioni ex art. 15 della legge n. 241 del 1990.

La ratio della procedura a evidenza pubblica è quella di realizzare una tutela anticipata e rafforzata delle prerogative concorrenziali in ossequio a quanto previsto dal diritto euro-unitario³⁴.

La previsione di un procedimento amministrativo ad hoc per la scelta del contraente è infatti volta a garantire, in un’ottica di tutela della concorrenza nel mercato e di buon andamento dell’azione amministrativa, che le scelte dell’amministrazione precedente siano rispettose dei canoni di trasparenza e par condicio, verificabili ex post attraverso l’analisi della motivazione e dell’istruttoria procedimentale.

Nel decidere come procurarsi le risorse necessarie al perseguimento dei propri fini istituzionali, l’amministrazione è sempre tenuta ad una valutazione costi-benefici i cui esiti devono essere esplicitati in sede motivazionale.

³³ F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Dike giuridica edizioni, 2018.

³⁴ In relazione al principio di libera concorrenza e alla sua importanza nel settore degli appalti pubblici, v. sent. Consiglio di Stato, sezione terza, 31 gennaio 2018, n. 643 secondo cui sarebbe illegittima la determinazione della stazione appaltante di portare a conclusione l’originaria gara la cui *lex specialis* contenga una clausola nulla tale da influire sulla concorrenza. La stazione appaltante, infatti, non può illegittimamente ignorare l’efficacia fattuale (in senso distorsivo della concorrenza) rivestita da una tale clausola nello svolgimento della gara, aggiudicando la procedura al soggetto che di tale effetto distorsivo aveva potuto avvantaggiarsi, peraltro dopo che la clausola sia già stata dichiarata nulla con sentenza passata in giudicato.

4. La tutela della concorrenza nella fase di esecuzione del contratto.

Il codice dei contratti pubblici prevede che il principio di libera concorrenza deve essere garantito dalle stazioni appaltanti non solo durante la fase di selezione, ma anche nella fase di esecuzione del contratto³⁵.

Al fine di evitare un aggiramento delle regole della concorrenza seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione è necessario che l'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario siano lo "specchio fedele" di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara.

Con una recente pronuncia l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che "l'interesse concorrenziale alla corretta esecuzione del contratto riacquista concretezza ed attualità (...) in tutte le ipotesi in cui la fase dell'esecuzione non rispecchi più quella dell'aggiudicazione, conseguita all'esito di un trasparente, imparziale, corretto gioco concorrenziale, o per il manifestarsi di vizi che già in origine rendevano illegittima l'aggiudicazione o per la sopravvenienza di illegittimità che precludano la prosecuzione del rapporto (c.d. risoluzione pubblicistica,

³⁵ L'art. 30, comma 1, del D.lgs. 50 del 2016 rubricato "Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni" stabilisce che "l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice".

facoltativa o doverosa) o per inadempimenti che ne determinino l'inefficacia sopravvenuta (c.d. risoluzione privatistica), sì che emerga una distorsione di tutte quelle regole concorrenziali che avevano condotto all'aggiudicazione della gara in favore del miglior concorrente per la miglior soddisfazione dell'interesse pubblico"³⁶.

Invero, come rilevato anche da attenta dottrina³⁷, la gara non sempre riesce ad assicurare un'effettiva concorrenza se l'offerta risultata vincente non sia stata adeguatamente adempiuta poiché la ragione dell'aggiudicazione è tradita dall'inesatta o infedele esecuzione contrattuale, non importa se per effetto di interessi collusivi tra l'aggiudicatario e la pubblica amministrazione oppure per la mancanza di un efficace controllo sull'esecuzione del contratto.

L'inesatto adempimento contrattuale, ove non contrastato dalla stazione appaltante, finisce per vanificare il principio di libera concorrenza attuato in sede di gara.

Ciò si verifica nei casi di proroga o rinnovo contrattuale al di fuori dei casi consentiti dalla legge e in tutti i casi in cui vi è una tolleranza da parte del contraente pubblico – ad es. mediante rinuncia all'applicazione di penali oppure all'azione di risoluzione contrattuale – a fronte di inadempimenti anche gravi dell'aggiudicatario³⁸.

³⁶ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 19 febbraio 2020, n. 10.

³⁷ **R. CAVALLO PERIN – M.G. RACCA**, *“La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici”*, in *Diritto amministrativo*, Rivista trimestrale, Anno XVIII, Fasc. 2/2010, Ed. Giuffrè.

³⁸ Sul punto v. ancora **R. CAVALLO PERIN – M.G. RACCA**, *Op. cit.*, laddove si pone in evidenza che l'obbligo di correttezza dell'amministrazione quale attuazione della disciplina

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA PER VIOLAZIONE DELLE NORME A TUTELA DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. La responsabilità amministrativa. Profili generali. 2. Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa. Il rapporto di impiego o di servizio. 2.1. L'elemento soggettivo: il dolo e la colpa grave. 2.2. La condotta. 2.2.1. L'affidamento diretto al di fuori dei casi consentiti dalla legge. 2.2.2. L'omessa pubblicità della gara. 2.2.3. La proroga illegittima. 2.2.4. L'artificioso frazionamento dell'appalto. 3. Il danno erariale. 4. Il nesso di causalità.

1. La responsabilità amministrativa. Profili generali.

Com'è noto, il pubblico dipendente, nell'esercizio delle proprie funzioni, può incorrere in cinque tipi responsabilità³⁹: civile⁴⁰, penale⁴¹, amministrativo-contabile⁴², disciplinare⁴³ e dirigenziale⁴⁴.

sulla concorrenza implica la non contraddittorietà di atti o comportamenti rispetto a quanto è stato definito negli atti di gara e nel successivo contratto.

³⁹ L'art. 55, comma 1, del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 recante "*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*", nel disporre in tema di sanzioni disciplinari dei pubblici dipendenti richiama espressamente le diverse forme di responsabilità in cui possono incorrere i dipendenti della pubblica amministrazione.

⁴⁰ Se arreca danni a terzi o alla stessa amministrazione.

⁴¹ Laddove ponga in essere condotte qualificate dalla legge come reato.

⁴² Qualora arrechi un danno erariale all'amministrazione di appartenenza o ad altra amministrazione.

⁴³ Se viola obblighi previsti dalla contrattazione collettiva dalla legge o dal codice di comportamento.

Le descritte responsabilità non sono tra loro alternative, in quanto la medesima condotta illecita è astrattamente idonea a violare diversi precetti legislativi o contrattuali generando così diverse forme di responsabilità concorrenti⁴⁵.

Così come, al contrario, talune condotte possono assumere solo rilevanza penale e non civile, amministrativa o disciplinare e viceversa, in quanto i presupposti di ciascun illecito non sempre coincidono.

Negli ordinamenti democratici è previsto che la gestione delle risorse pubbliche sia assoggettata ad un controllo sul loro corretto utilizzo.

Nell'ordinamento italiano tale funzione è affidata alla Corte dei conti, organo di rilevanza costituzionale, istituita con la Legge 14 agosto 1862, n. 800.

Secondo il disegno delineato dalla Costituzione italiana, la Corte dei conti è compresa sia tra gli organi posti a presidio della legalità e del buon andamento dell'azione amministrativa e di tutela degli equilibri di finanza pubblica (art. 100, comma 2, Cost.), sia tra gli organi giurisdizionali (art. 103, comma 3, Cost.)⁴⁶.

Da tale doppia investitura si evince il ruolo centrale di tale organo quale garante neutrale, rispetto al Governo e al

⁴⁴ Nel caso in cui il dipendente, di qualifica dirigenziale, non raggiunga i risultati posti dal vertice politico o si discosti dalle direttive di quest'ultimo

⁴⁵ Si pensi al caso di un pubblico funzionario che accetti tangenti per aggiudicare una gara ad una determinata impresa: tale comportamento configura, al contempo, il reato di corruzione ex art. 319 c.p., un illecito civile verso le imprese partecipanti non aggiudicatari danneggiate ex art. 2043 c.c., un illecito amministrativo-contabile rappresentato dal danno erariale da tangente e danno all'immagine della p.a., un illecito disciplinare di cui al C.C.N.L. di riferimento.

⁴⁶ Quanto al potere di controllo, la Corte dei conti viene posta, nella Carta costituzionale, tra gli organi ausiliari disciplinati dal Titolo III (*Ordinamento della Repubblica*) e, quanto alle sue funzioni giurisdizionali, nel Titolo IV (*La Magistratura*).

Parlamento, della corretta gestione delle risorse pubbliche nell'interesse non solo degli organi ausiliari, ma della stessa collettività amministrata.

L'art. 103, comma 2, della Costituzione circoscrive le competenze della Corte dei conti alle "materie di contabilità pubblica e alle altre specificate dalla legge".

La Corte costituzionale ha precisato che "Il secondo comma dell'art. 103 Cost. è stato più volte interpretato da questa Corte (sentt. nn. 17/85; 189/84; 241/84; 102/77), nel senso che alla Corte dei conti è riservata la giurisdizione sulle materie di contabilità pubblica, la quale va intesa nel senso tradizionalmente accolto dalla giurisprudenza e dalla legislazione, cioè come comprensiva sia dei giudizi di conto che di responsabilità a carico degli impiegati e degli agenti contabili dello Stato e degli enti pubblici non economici che hanno il maneggio del pubblico denaro; che la materia di contabilità pubblica non è definibile oggettivamente ma occorrono apposite qualificazioni legislative e puntuali specificazioni non solo rispetto all'oggetto ma anche rispetto ai soggetti; che, comunque, essa appare sufficientemente individuata nell'elemento soggettivo che attiene alla natura pubblica dell'ente (Stato, Regioni, altri enti locali e amministrazione pubblica in genere) e nell'elemento oggettivo che riguarda la qualificazione pubblica del denaro e del bene oggetto della gestione.

Si è anche affermato che la giurisdizione della Corte dei Conti, nelle dette materie, è solo tendenzialmente generale (tanto che nell'ordinamento precostituzionale la si qualificava giurisdizione speciale) e che sono possibili

deroghe con apposite disposizioni legislative, specie nella materia della responsabilità amministrativa non di gestione e che la cognizione delle cause attinenti alla responsabilità patrimoniale per danni cagionati agli enti pubblici da pubblici funzionari, nell'esercizio delle loro funzioni, siccome involge questioni relative a diritti soggettivi, sarebbe spettata al giudice ordinario se non vi fosse stata la previsione legislativa derogatoria la quale sancisce una diversa ripartizione giurisdizionale. (...) Proprio in applicazione dell'art. 103, secondo comma, Cost., e nei limiti ad esso imposti, spetta al legislatore la determinazione della sfera di giurisdizione dei giudici (ordinario, amministrativo, contabile, militare ecc...). E nella interpositio del legislatore deve individuarsi il limite funzionale delle attribuzioni giudicanti della Corte dei conti⁴⁷.

Prima di affrontare il problema della configurabilità del danno alla concorrenza, oggetto del presente studio, appare opportuno richiamare le caratteristiche principali della responsabilità amministrativa.

Quest'ultima, rinviene il suo fondamento costituzionale nell'art. 28, ai sensi del quale "i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici".

⁴⁷ Corte costituzionale, sentenza 30 dicembre 1987 n. 641 (v. anche Corte costituzionale, 7 luglio 1988, n. 773).

A livello normativo primario, il regime della responsabilità amministrativa, che in precedenza era disciplinato da una pluralità di fonti normative a seconda dell'amministrazione di appartenenza del dipendente, è stato unificato con le leggi 14 gennaio 1994, n. 19 e 20 e s.m.i.⁴⁸ nelle quali sono, altresì, comprese alcune disposizioni già previste nella legge di contabilità generale dello Stato⁴⁹ e nel relativo regolamento⁵⁰ nonché nel Testo Unico delle leggi sulla Corte dei conti⁵¹.

Si parla comunemente di responsabilità "amministrativo-contabile" riconducendo ad un unico genus responsabilità che originariamente erano differenziate e cioè la responsabilità amministrativa in senso proprio e la responsabilità contabile.

La differenza fondamentale tra i due tipi di responsabilità risiede nel fatto che il giudizio di conto ha per oggetto la verifica della regolarità del conto giudiziale cui sono tenuti i titolari di gestione di tesoreria e gli agenti contabili, mentre il giudizio di responsabilità amministrativa

⁴⁸ Nel corso degli anni, il legislatore ha apportato numerose modifiche all'impianto normativo della responsabilità amministrativa contenuto nelle leggi 19 e 20 del 14 gennaio 1994. In particolare, dalle seguenti disposizioni: art. 1, commi 174, 231, 232 della legge 23 dicembre 2005, n. 366; art. 17, commi 30-ter e quater, lett. a) del decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78; art. 1, comma 1, lett. c), del decreto-legge 3 agosto 2009, n. 103 (c.d. Lodo Bernardo); art. 10-bis, comma 2, legge 2 dicembre 2005, n. 247; art. 1, commi 12, 44, 62 della legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione).

⁴⁹ artt. 81, 82 e 83 del R.D. n. 2440/1923. In particolare, l'art 82 del citato regio decreto dispone che *"l'impiegato che per azione o omissione anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo"*.

⁵⁰ R.D. del 23 maggio 1924, n. 827.

⁵¹ R.D. del 12 luglio 1934, n. 1214, laddove all'art. 52 così dispone: *"I funzionari impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali a ordinamento, autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni per azione od omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza cagionino danno allo Stato e ad altra amministrazione dalla quale dipendono sono sottoposti alla giurisdizione della Corte nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali. La Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto"*.

per danno all'erario investe tutti gli impiegati delle amministrazioni e degli enti pubblici in relazione allo svolgimento di una (presunta) attività amministrativa illecita costitutiva di un danno pubblico valutabile economicamente.

La configurazione della responsabilità amministrativa richiede, dunque, la necessaria sussistenza dei seguenti elementi costitutivi: la condotta (attiva o omissiva), il rapporto di impiego o di servizio con la pubblica amministrazione; il danno erariale (pregiudizio arrecato all'amministrazione); l'elemento soggettivo (nelle forme del dolo o della colpa grave); il nesso causale tra la condotta e il danno.

Nei successivi paragrafi si procederà all'esame degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa per danno da omessa concorrenza con particolare attenzione alle condotte foriere di tale particolare tipologia di danno, ai ruoli che il dipendente debba ricoprire affinché sia chiamato a rispondere di tale lesione e all'elemento psicologico, che come noto deve integrare quantomeno gli estremi della colpa grave.

2. La responsabilità amministrativa conseguente alla violazione delle regole sulla concorrenza. Gli elementi costitutivi: il rapporto di impiego o di servizio.

Presupposto imprescindibile della responsabilità amministrativa è il c.d. rapporto di impiego o di servizio.

L'individuazione dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti dipende dall'interpretazione estensiva che la giurisprudenza ha operato su un dato normativo tuttora vigente, ma molto risalente nel tempo⁵².

Di regola, sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti - ai sensi dell'art. 81, quarto comma⁵³ e dell'art. 83, comma 1⁵⁴ del R.D. n. 2440/1923⁵⁵ - i dipendenti interni alla pubblica amministrazione, legati ad essa da un rapporto organico.

Tale concetto ha subito, nel corso del tempo, una evoluzione dottrinale e giurisprudenziale che ha portato ad un ampliamento dei soggetti sottoposti alla giurisdizione del giudice contabile al punto da ricomprendersi anche coloro che, seppur estranei all'amministrazione danneggiata, risultano ad essa legati da un rapporto di servizio.

In passato, i limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti erano più agevoli da tracciare grazie alla più netta distinzione tra l'area pubblica e quella privata.

⁵² **G. BOTTINO**, *“La responsabilità amministrativa: profili sostanziali”* in Canale A. – Freni F. – Smirolto M. *“Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti”*, Giuffrè, Milano, 2017.

⁵³ Ai sensi del quale: *“Gli ufficiali pubblici stipendiati dallo Stato, compresi quelli dell'ordine giudiziario, e specialmente quelli a cui è commesso il riscontro e la verifica delle casse e dei magazzini, debbono rispondere dei valori che fossero per loro colpa o negligenza perduti dallo Stato”*.

⁵⁴ Il quale prevede che: *“I funzionari di cui ai precedenti artt. 71 e 82 sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti la quale, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto”*.

⁵⁵ Alla normativa citata va aggiunto anche l'art. 52 del R.D. 1214/1934 il quale statuisce che *“I funzionari impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali a ordinamento, autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni per azione od omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza cagionino danno allo Stato e ad altra amministrazione dalla quale dipendono sono sottoposti alla giurisdizione della Corte nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali”*. Analoga disposizione è contenuta nell'art. 2 della L. 658/1984 richiamata dall'art. 1 della L. 19/1994, che ribadisce l'estensione della giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di *“amministratori e funzionari, impiegati e agenti di uffici e organi dello Stato e di enti pubblici”*.

L'evoluzione che ha caratterizzato l'ordinamento giuridico negli ultimi anni ha reso oggi questi confini assai meno chiari, da un lato attraverso il sempre più frequente ricorso, in sede pubblicistica, a modelli e schemi di diritto privato, dall'altro affidando con maggiore frequenza a soggetti privati la realizzazione di finalità che storicamente erano considerate di pertinenza esclusiva degli organi pubblici.

In tale ottica, la giurisprudenza di legittimità, anche per evitare il rischio di un sostanziale svuotamento della giurisdizione contabile, ha progressivamente abbandonato il criterio soggettivo - che identificava l'elemento fondante della giurisdizione della Corte dei conti nella condizione giuridica pubblica dell'agente - in favore di un criterio oggettivo basato sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate.

Ecco allora che il rapporto di servizio si configura quando una persona fisica o giuridica viene inserita, a qualsiasi titolo, nell'apparato pubblico attraverso lo svolgimento, anche de facto, delle funzioni proprie dell'attività amministrativa.

Come precisato dalla Corte di Cassazione, in più occasioni, la responsabilità amministrativa per danno erariale postula "una relazione funzionale incentrata sull'inserimento del soggetto medesimo nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico e ne implica, conseguentemente, l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, a prescindere dalla natura privatistica dello stesso soggetto e dello strumento

contrattuale con il quale si sia costituito ed attuato il rapporto, anche se l'estraneo venga investito solo di fatto dello svolgimento di una data attività in favore della pubblica amministrazione ed anche se difetti una gestione del danaro secondo moduli contabili di tipo pubblico o secondo procedure di rendicontazione proprie della giurisdizione contabile in senso stretto".⁵⁶

Tale relazione funzionale tra l'amministrazione e l'autore dell'illecito non implica necessariamente un rapporto di impiego in senso proprio essendo sufficiente la compartecipazione del soggetto all'attività dell'amministrazione pubblica "senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura - provvedimento, convenzione o contratto - né quella del soggetto che la riceve, sia essa una persona giuridica o fisica, privata o pubblica"⁵⁷.

In altri termini, l'esistenza di una relazione funzionale tra l'autore dell'illecito causativo di danno patrimoniale e l'ente pubblico che subisce il danno "è individuabile non solo quando tra il soggetto pubblico e il privato intercorra un rapporto di impiego in senso proprio e ristretto, ma anche quando sia comunque individuabile un rapporto di servizio in senso lato, tale cioè da collocare il soggetto preposto in posizione di attivo partecipante dell'attività amministrativa dell'ente pubblico preponente"⁵⁸

⁵⁶ Così, Corte di Cassazione, Sez. un. 19 dicembre 2009, n. 26806. Cfr. anche: Sez. un. 27 settembre 2006, n. 20886 1 aprile 2008, n. 8409; 1 marzo 2006, n. 4511; 19 febbraio 2004, n. 3351; 9 settembre 2008, n. 22652; Sez. un. 12 ottobre 2004, n. 20132.

⁵⁷ Sez. un. 3 luglio 2009, n. 15599; 31 gennaio 2008, n. 2289; 22 febbraio 2007, n. 4112; 20 ottobre 2006, n. 22513; 5 giugno 2000, n. 400; Sez. un., 30 marzo 1990, n. 2611.

⁵⁸ Così, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 3 luglio 2009 n. 15599.

Attraverso una lettura estensiva dell'art. 52, comma 1, R.D. 1214/1934, la giurisprudenza della Corte dei conti e della Corte di Cassazione ha progressivamente assoggettato alla giurisdizione contabile tutti i soggetti che instaurano con la pubblica amministrazione un "rapporto di servizio"⁵⁹.

Con riferimento al danno alla concorrenza, tra i soggetti responsabili figura, in primo luogo, il dirigente che ha adottato l'atto di propria competenza in quanto organo preposto, per legge, alla gestione complessiva dell'ente.

La Corte dei conti ha rilevato che ciò avvenga anche quando l'atto sia stato predisposto da strutture interne in quanto "la supina adozione di atti di propria competenza, seppure predisposti dalle strutture interne, non comporta esonero di responsabilità amministrativa in capo a chi, preposto per legge alla gestione complessiva dell'azienda, è anche responsabile della corretta ed economica gestione delle risorse a disposizione dell'azienda stessa"⁶⁰.

Nell'ambito degli enti locali, sono stati ritenuti responsabili per affidamento diretto di lavori di messa in sicurezza in carenza degli effettivi presupposti di urgenza normativamente richiesti: il Sindaco, il Responsabile dell'Area tecnica, il Segretario comunale e la Giunta comunale.

Il primo, per aver proposto e votato la delibera con cui venivano illegittimamente affidati i lavori; il secondo per averne attestato la regolarità tecnica, ai sensi dell'art. 49

⁵⁹ Per espressa disposizione legislativa – art. 12 D.lgs. 175/2016 - il "rapporto di servizio" è escluso con riferimento ai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società a partecipazione pubblica, mentre permane per gli amministratori e i dipendenti delle società *in house*.

⁶⁰ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Puglia, 20 dicembre 2007, n. 768.

del TUEL e per avervi dato esecuzione; il terzo, per aver omesso di segnalare alla Giunta la manifesta illiceità della emananda delibera nell'esercizio delle sue funzioni consultive, referenti e di assistenza, ex art. 97, comma 4, lett. a), TUEL e per avervi dato esecuzione rogando il contratto di appalto; la quarta, perchè nell'adozione della delibera, non poteva non avvedersi della palese assenza delle condizioni che avrebbero consentito la deroga alla vigente normativa in materia di evidenza pubblica.

L'azione congiunta dei suindicati organi dell'ente locale ha cagionato un nocumento erariale costituito dal maggiore esborso sopportato dal Comune per non aver beneficiato dei vantaggi competitivi, in termini di qualità/prezzo, che ordinariamente derivano dalla selezione della controparte contrattuale mediante il confronto concorrenziale imposto dalla normativa comunitaria e nazionale

In detta occasione, il giudice contabile ha ritenuto di suddividere il danno erariale in parti uguali in considerazione del loro equivalente apporto nella causazione del danno⁶¹.

Altra figura che svolge un ruolo centrale negli appalti pubblici è il Responsabile unico del procedimento.

Quest'ultimo ha assunto un ruolo sempre più rilevante nella fase di scelta del contraente⁶², assommando in sé

⁶¹ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale centrale d'Appello, I, 21 agosto 2019, n. 175.

⁶² D.lgs. 50/2016, art. 31, comma 1, "Per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione le stazioni appaltanti individuano, nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'articolo 21, comma 1, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione, un responsabile unico del procedimento (RUP) per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione. Le stazioni appaltanti che ricorrono ai sistemi di acquisto e di negoziazione delle centrali di committenza nominano, per ciascuno dei detti acquisti, un responsabile del procedimento che assume specificamente, in ordine al singolo acquisto, il ruolo e le funzioni di cui al presente articolo. Fatto salvo quanto previsto al comma 10, il RUP è nominato con atto formale del soggetto responsabile

competenze che, seppur formalmente definite come istruttorie, ben possono indirizzare il processo decisionale del dirigente.

In considerazione delle capacità professionali⁶³ richieste in capo a tale figura e del suo ruolo quale consulente tecnico del dirigente le sue manifestazioni di giudizio hanno un peso determinante per l'emanazione del provvedimento conclusivo al punto che se il dirigente intende discostarsene⁶⁴ deve fornirne adeguata motivazione⁶⁵.

La giurisprudenza contabile, in più occasioni, ha posto in evidenza il ruolo del RUP anche al fine di ridurre la quota di danno risarcibile in capo al Dirigente⁶⁶.

dell'unità organizzativa, che deve essere di livello apicale, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima, dotati del necessario livello di inquadramento giuridico in relazione alla struttura della pubblica amministrazione e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato; la sostituzione del RUP individuato nella programmazione di cui all'articolo 21, comma 1, non comporta modifiche alla stessa. Laddove sia accertata la carenza nell'organico della suddetta unità organizzativa, il RUP è nominato tra gli altri dipendenti in servizio. L'ufficio di responsabile unico del procedimento è obbligatorio e non può essere rifiutato".

⁶³ D.lgs. 50/2016 art. 31, comma 11, "Nel caso in cui l'organico della stazione appaltante presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del RUP, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del RUP possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico-finanziario, amministrativo, organizzativo e legale, dotati di adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali come previsto dall'articolo 24, comma 4, assicurando comunque il rispetto dei principi di pubblicità e di trasparenza. Resta fermo il divieto di frazionamento artificioso delle prestazioni allo scopo di sottrarle alle disposizioni del presente codice. Agli affidatari dei servizi di supporto di cui al presente comma si applicano le disposizioni di incompatibilità di cui all'articolo 24, comma 7, comprensive di eventuali incarichi di progettazione".

⁶⁴ D.lgs. 50/2016, art. 31, comma 3, "Il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti".

⁶⁵ Legge 241/90, art. 6, lett. e), "L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale".

⁶⁶ Sul punto, Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Puglia, 20 dicembre 2007, n. 768 laddove si evidenzia la responsabilità del RUP pur non convenuto in giudizio.

Del medesimo danno possono essere chiamati a rispondere anche i soggetti che, seppur non avendo competenze gestionali afferenti all'affidamento dell'appalto, abbiano con la loro condotta indotto ad autorizzare ed approvare la procedura, che si sia rilevata lesiva delle regole sulla concorrenza, in considerazione della rilevanza causale del loro apporto partecipativo.

Anche il Direttore dei lavori è stato chiamato a rispondere di danno alla concorrenza essendo ormai consolidato l'indirizzo della Corte di cassazione⁶⁷ che riconosce la sussistenza di un rapporto di servizio con l'amministrazione appaltante⁶⁸.

In riferimento all'attività di vigilanza, certificazione e attestazione, il direttore dei lavori è pubblico ufficiale qualificato come organo straordinario dell'amministrazione appaltante e quindi ad essa legato da un rapporto di servizio.

In tema di proroga illegittima del servizio di manutenzione del verde di un ente locale è stato ritenuto responsabile, insieme al dirigente anche l'Assessore all'ambiente.

Come ha osservato il giudice contabile, "i poteri spettanti agli organi di governo comportano non soltanto la definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare, ma anche la verifica che i risultati dell'attività amministrativa e della gestione rispondano agli indirizzi impartiti. Questa attività di verifica, nella quale si sostanzia il controllo politico

⁶⁷ Corte di cassazione, Sezioni unite, 5 aprile 1993 n. 4060.

⁶⁸ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale centrale d'Appello, II, 21 dicembre 2011, n. 397; Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Piemonte, 18 luglio 2011, n. 110.

amministrativo, è di fondamentale importanza, essendo logicamente propedeutica alla definizione degli obiettivi, sicché la sua ingiustificata omissione integra gli estremi della colpa grave, trattandosi della funzione primaria attribuita ad un pubblico amministratore”⁶⁹.

Invero, la separazione tra l’attività di indirizzo politico e quella di gestione comporta – ai sensi dell’art. 107 del TUEL – che “i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti”.

Occorre inoltre osservare che, qualora il danno risulti imputabile anche a soggetti non convenuti in giudizio, la loro condotta è comunque presa in considerazione dal giudice contabile, al fine di individuare l’apporto partecipativo dei soggetti convenuti in giudizio e la misura del danno da risarcire.

2.1. L’elemento soggettivo: il dolo e la colpa grave.

Valutata la sussistenza del rapporto di impiego o di servizio è necessario valutarne l’elemento psicologico il quale, per espressa disposizione di legge, deve essere connotato da colpa grave o da dolo.

⁶⁹ Corte dei conti, sezione giurisdizionale Lazio, sentenza n. 356 del 30 maggio 2019.

Originariamente, l'elemento soggettivo coincideva con la semplice colpa⁷⁰.

Tuttavia, al fine di evitare il rischio di una paralisi dell'attività amministrativa a causa di una eccessiva responsabilizzazione dei dipendenti pubblici, il legislatore, con la riforma introdotta con L. 639/1996, modificando l'art. 1 della L. 20/1994⁷¹, ha elevato la soglia della responsabilità limitandola alle sole ipotesi di dolo e colpa grave⁷².

Pertanto, ad oggi, la colpa grave costituisce il criterio ordinario di imputazione della responsabilità amministrativa.

Il dolo costituisce, invece, la più grave forma di colpevolezza.

Nell'ambito della responsabilità amministrativa il dolo non pone particolari problemi interpretativi in quanto coincide con la nozione penalistica di cui all'art. 43 del codice penale e, pertanto, richiede la coscienza e volontà dell'agente di provocare, con la sua condotta, un determinato evento.

Tale interpretazione è stata recentemente confermata dal c.d. decreto "Semplificazioni"⁷³ la cui portata applicativa

⁷⁰ La responsabilità per colpa grave, prima della riforma del 1996, era prevista solo per alcune peculiari categorie di pubblici dipendenti particolarmente esposti a maggiori rischi di danno erariale (ad es. conducenti di veicoli e mezzi meccanici, di navi o aeromobili etc.).

⁷¹ Ai sensi del quale *"la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo e colpa grave"*.

⁷² Tra l'altro, con sentenza n. 371 del 28 dicembre 1998, la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni relative alla limitazione della responsabilità amministrativa alle sole condotte dolose o gravemente colpose. La Corte costituzionale ha giustificato tale scelta dovuta all'esigenza di evitare rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa e di *"determinare quanta parte del rischio debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per i dipendenti e amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo"*.

⁷³ Decreto- legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, recante *"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"*.

risulta ben delineata nella relazione illustrativa laddove viene chiarito che “il dolo va riferito all’evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica, come invece risulta da alcuni orientamenti della giurisprudenza contabile che hanno ritenuto raggiunta la prova del dolo inteso come dolo del singolo atto compiuto”.⁷⁴

La gravità della colpa è, invece, un concetto relativo e, in assenza di un dettato normativo, spetta al giudice valutarla in funzione delle mansioni dell’agente secondo un giudizio prognostico ex ante e in concreto con riferimento alla situazione in cui si trovava il funzionario quando ha commesso il fatto.

Come ricorda un’autorevole dottrina⁷⁵, secondo il vecchio brocardo di Ulpiano, la colpa grave è la “massima negligenza cioè il non intendere ciò che un dipendente (o amministratore) pubblico medio, addetto alle medesime mansioni, è in grado di intendere”.

La gravità della colpa ha quindi come parametro di riferimento il dipendente di ordinaria diligenza addetto alle medesime mansioni: tanto maggiore è il divario tra il

⁷⁴ Sino alla recente riforma legislativa, nell’ambito della giurisprudenza della Corte dei conti era possibile individuare tre nozioni di dolo quale criterio soggettivo di imputazione della responsabilità amministrativa: 1) dolo coincidente con il “dolo penale” ex art. 43 c.p. ovvero quale “*volontà dell’evento dannoso*” (opzione prescelta dal decreto semplificazioni); 2) dolo civilistico-contrattuale (nozione più ampia, adottata da una giurisprudenza minoritaria) il quale attiene “... *all’inadempimento di uno specifico obbligo preesistente quale ne sia la sua fonte essendo sufficiente una condotta scientemente trasgressiva di un obbligo di servizio non necessitando la diretta e cosciente intenzione di agire ingiustamente in pregiudizio altrui*”; 3) dolo erariale (tesi del tutto minoritaria) inteso come “...*stato soggettivo caratterizzato dalla consapevolezza e dalla volontà dell’azione od dell’omissione contra legem che abbia, peraltro, specifico riguardo alla violazione delle norme giuridiche che regolano e disciplinano l’esercizio delle funzioni amministrative ed alle sue conseguenze dannose per le risorse finanziarie pubbliche*”.

⁷⁵ **V. TENORE**, “*La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensione e controlli*”, Giuffrè Editore, 2018.

comportamento tenuto e quello cui ci si doveva attenere tanto più la colpa deve ritenersi grave.

Con specifico riferimento alla responsabilità per danno alla concorrenza, il giudice contabile ha costantemente ritenuto ingiustificata ed inescusabile la condotta consistita nella violazione delle regole concorrenziali sull'assunto che la deroga alla procedura competitiva in materia di appalti rappresenta evenienza assolutamente eccezionale e straordinaria.

In particolare, la Corte dei conti⁷⁶ ha ravvisato la sussistenza della colpa grave nella condotta del Dirigente che si sia appiattito acriticamente sulle considerazioni manifestate dagli Uffici interni, o che abbia agito prescindendo da una puntuale ed approfondita istruttoria di carattere preventivo in ordine alla effettiva presenza delle condizioni per l'affidamento diretto dei contratti, presso le competenti articolazioni interne, tecniche ed amministrative, ovvero ricorrendo a valutazioni e pareri esterni.

Quanto alle condotte dei soggetti, diversi dal Dirigente, ma che abbiano concorso a causare il danno, la Corte dei conti ha osservato che, in linea generale, ogni dipendente pubblico, a prescindere dalle competenze ed attribuzioni specifiche attinenti a ciascuna figura professionale, è intestatario di una posizione di garanzia nei confronti della propria Amministrazione, che si collega al dovere di fedeltà e si sostanzia negli obblighi di protezione e di controllo.

⁷⁶ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Puglia 20 dicembre 2007, n. 768

Ne consegue che il dovere di lealtà verso l'Ente datore di lavoro, deve essere valutata sia in senso positivo, come dovere di operare nell'esclusivo interesse dell'Amministrazione, sia in senso negativo, come dovere di astenersi da ogni attività o contegno lesivo degli interessi della stessa.

Pertanto, tutti i comportamenti che, per natura e conseguenze, sono lesivi della sfera giuridica dell'Ente, devono considerarsi attuati in violazione degli obblighi di servizio⁷⁷.

La giurisprudenza contabile è costante nel ritenere illecita la condotta che si discosti dal modello dell'evidenza pubblica e ne riconosce la sussistenza dell'elemento psicologico.

La responsabilità amministrativa è stata oggetto di importanti modifiche normative per effetto del "Decreto semplificazioni" (D.L. 16 luglio 2020 n. 76) convertito in Legge 11 settembre 2020 n. 120 successivamente modificato dall'art. 51, comma 1, lett. h), D.L. 31 maggio 2021, n. 77.

Sull'onda della grave emergenza sanitaria da "COVID19", il Legislatore è intervenuto con la previsione di una disciplina temporanea stabilendo che, "limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2023 (il termine del 31 luglio 2021, inizialmente previsto è stato modificato prima in sede di conversione in legge e successivamente dal D.L. 77/2021), la responsabilità dei soggetti sottoposti alla

⁷⁷ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Piemonte 3 novembre 2009, n. 221.

giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente”.

Risulta evidente l'intenzione del legislatore – finalizzata alla “ripartenza” del Paese attraverso il superamento del fenomeno della c.d. “paura della firma” - di incentivare attraverso tale scudo normativo l'azione amministrativa, senza gravare sugli amministratori stessi, tendenzialmente timorosi di provvedere proprio a causa del rischio di incorrere in giudizi di responsabilità erariale.

Tuttavia, come evidenziato, in diverse occasioni dalla Corte dei conti, tali interventi normativi hanno reso più difficile l'azione di contrasto alla cattiva gestione delle risorse pubbliche, alla cattiva amministrazione, al malaffare e alla illecita percezione di finanziamenti pubblici.

Per accelerare l'azione amministrativa – soprattutto in vista del PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) - si è voluto attenuare il regime della responsabilità erariale, nel presupposto che sia la c.d. paura della firma a determinare l'inerzia o i gravi ritardi nella realizzazione di opere, piani, progetti.

Come osservato anche dal Presidente della Corte dei conti in occasione della inaugurazione dell'anno giudiziario 2021 “limitazioni o esclusioni della colpa grave, come quelle

di recente introdotte, anche se in forma temporanea, comporteranno già nell'immediato, ma soprattutto se protratte nel tempo, il rischio concreto di un complessivo abbassamento della soglia di "attenzione amministrativa" per una gestione oculata delle risorse pubbliche. Tale scelta - per la quale si auspica la prevista limitazione temporale - suscita perplessità, anche alla luce dell'esigenza di assicurare la tutela delle risorse rese disponibili nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, esigenza comunque inderogabilmente imposta dagli artt. 81 e 97 della Costituzione e dai principi di effettività, equivalenza e leale cooperazione dell'ordinamento dell'Unione Europea".

2.2. La condotta.

La condotta rappresenta l'elemento oggettivo della responsabilità amministrativa e consiste nel comportamento, attivo o omissivo, imputabile al soggetto agente e causativo di danno erariale.

In ogni caso la condotta illecita (contra ius) del pubblico dipendente deve ascriversi nell'ambito delle funzioni allo stesso affidate.

Nel danno alla concorrenza essa si traduce nella violazione delle procedure che hanno impedito un corretto confronto concorrenziale tra imprese ed è configurabile non solo nella fase pubblicistica di evidenza pubblica ma anche nella fase esecutiva del contratto.

La Corte dei conti ha precisato che il danno da omessa concorrenza è ravvisabile non solo nei casi di violazione delle norme di evidenza pubblica negli appalti sopra soglia ma anche nel caso di affidamenti sottosoglia poiché, anche in tali casi, il codice degli appalti pubblici impone espressamente il rispetto dei principi di evidenza pubblica.

Già prima delle modifiche introdotte dal Codice degli appalti pubblici⁷⁸, che ha appunto previsto il rispetto dei principi di evidenza pubblica per i contratti sottosoglia comunitaria, la Corte dei conti aveva evidenziato che le normali regole di contabilità pubblica non autorizzano ad omettere un minimo confronto concorrenziale per qualsiasi procedura contrattuale ad oggetto pubblico.

Richiamando i principi basilari in materia di concorrenza e libera prestazione dei servizi di derivazione comunitaria la Corte dei conti evidenziava che il rispetto delle regole di evidenza pubblica costituisce “regola generale, come confermato sia dalla Corte di Giustizia della Unione Europea, secondo la quale anche gli appalti pubblici di scarso valore, seppure non espressamente ricompresi nell'ambito di applicazione delle procedure particolari e rigorose delle direttive, non sono esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario (in tal senso ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19), in quanto, a prescindere dalla diretta applicazione della normativa

⁷⁸ D.lgs. 50/2016 art. 36, comma 1: “L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50”.

comunitaria sugli appalti di servizi e forniture, vanno comunque rispettati i principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza. Ne deriva, pertanto, che, anche per gli appalti sottosoglia, il diritto comunitario considera il ricorso alla scelta diretta (che nell'ordinamento nazionale tradizionalmente corrisponde, come noto, alla trattativa privata), in deroga ai principi di trasparenza e concorrenza, quale evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, necessitanti di adeguata motivazione, che rendano impossibile, in termini di razionalità, l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto⁷⁹.

Il giudice contabile ha quindi rilevato che anche a prescindere dalla mancata menzione di analogha prescrizione restrittiva nella normativa nazionale regolamentare relativa alla semplificazione delle procedure di aggiudicazione di forniture sotto soglia, il principio della libera concorrenza e quello di non discriminazione, in virtù della loro finalità intrinseca si atteggiavano quali principi di ordine generale e di diretta derivazione comunitaria, non limitabili, in quanto tali, agli appalti c.d. "comunitari".

Tra le condotte che possono configurare un danno da omessa concorrenza, la giurisprudenza contabile ha annoverato: l'affidamento diretto al di fuori dei casi consentiti dalla legge; l'illegittimo frazionamento plurimo di contratti pubblici elusivo dell'obbligo di esperire una

⁷⁹ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lombardia, 27 luglio 2006, n. 447.

procedura di gara⁸⁰; il mancato rispetto delle forme di pubblicità imposte dalla normativa vigente⁸¹.

2.2.1. L'affidamento diretto al di fuori dei casi consentiti dalla legge.

L'affidamento diretto, al di fuori dei casi in cui è espressamente consentito dalla legge, rappresenta il caso più frequente di danno alla concorrenza.

La condotta che viene in rilievo consiste nell'omissione di qualsivoglia confronto concorrenziale.

In una recente pronuncia, la Corte dei conti⁸² ha riconosciuto il pregiudizio patrimoniale derivato ad un'amministrazione sanitaria dall'affidamento – diretto e prescindendo dallo svolgimento di una procedura a evidenza pubblica - del servizio di tesoreria ad un istituto bancario.

In tale occasione, il giudice contabile, ha sottolineato l'imprescindibilità del rispetto delle procedure aperte di scelta del contraente, anche nelle prospettate situazioni di urgenza prospettate dai convenuti, non idonee ad escludere l'elemento soggettivo della colpa grave.

Per altro verso, la Corte dei conti non ha, invece, riconosciuto il danno erariale alla concorrenza in pregiudizio della CONSIP S.p.a. per l'affidamento di incarichi professionali a legali esterni, ai sensi dell'art. 7, comma 6,

⁸⁰ *Ex multis* Corte dei conti, sezione giurisdizionale Lombardia, 21 aprile 2017, n. 56; Sezione giurisdizionale Trentino-Alto Adige, 21 giugno 2013, n. 30; Sezione giurisdizionale Veneto 18 gennaio 2011, n. 23; Sezione giurisdizionale Trentino Alto Adige, 25 settembre 2009, n. 49.

⁸¹ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Campania 28 gennaio 2015, n. 90

⁸² Corte dei conti, Sezione centrale d'Appello, III, 18 settembre 2020, n. 199.

del d.lgs. n. 165 del 2001, pur in assenza di verifica, all'interno della società, di risorse idonee a svolgere le medesime attività ed alla mancanza di una previa procedura selettiva tale da garantire la trasparenza, l'imparzialità e l'economicità della scelta.

Secondo la Corte dei conti, l'esclusione della responsabilità dei soggetti convenuti in giudizio deriva, innanzitutto, da una lettura sistematica delle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 che consente di rilevare come "il legislatore della riforma, con il richiamo all'art. 4, più che delineare una vera e propria procedura comparativa, abbia inteso invocare il rispetto generale dei principi generali che regolano l'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione, non escludendo la possibilità di un affidamento diretto e fiduciario dei servizi legali".

Inoltre, la Corte ha fondato la propria decisione anche sull'assenza di personale interno all'ente idoneo allo svolgimento degli incarichi affidati poiché "risulta, che la società, pur essendo dotata di una Direzione legale interna, non prevedeva in organico avvocati iscritti nell'albo speciale presso l'ordine degli avvocati di Roma o iscritti all'Albo speciale Cassazionisti, condizione necessaria per patrocinare dinanzi alle giurisdizioni superiori quali il Consiglio di Stato, ove erano incardinati la maggior parte dei giudizi, e la Corte di Cassazione⁸³".

⁸³ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lazio, 8 giugno 2021 n. 509.

2.2.2. L'omessa pubblicità della gara.

Il danno alla concorrenza è stato riconosciuto dalla giurisprudenza contabile anche in riferimento alla mancanza di adeguate forme di pubblicità delle procedure di affidamento.

La sezione giurisdizionale per la Regione Campania ha esaminato il caso di un'Amministrazione comunale che ha affidato diversi servizi di assistenza alla persona al medesimo operatore economico, tra l'altro risultato collegato alla criminalità organizzata locale, previa pubblicazione dell'avviso di gara unicamente nell'albo pretorio e sul sito internet del Comune.

Secondo l'organo requirente, il mancato utilizzo delle forme di pubblicità imposte dal superamento della soglia comunitaria ha determinato un danno alla concorrenza.

In tale occasione il giudice contabile, condividendo le osservazioni della Procura, ha ravvisato la necessità per cui "gli affidamenti di servizi elencati nell'allegato II B del D. Lgs. 163/2006 e di importo superiore alla soglia siano preceduti da un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione"⁸⁴.

A supporto di tale tesi la Corte ha richiamato gli autorevoli orientamenti espressi dall'Autorità Nazionale Anticorruzione e, prima ancora, dalla Commissione europea, secondo cui l'affidamento dei servizi parzialmente esclusi

⁸⁴ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Campania, 28 gennaio 2015 n. 90.

dall'ambito di applicazione delle direttive europee, qualora il loro valore superi la soglia comunitaria, deve comunque assicurare forme di pubblicità non dissimili da quelle valesvoli per i settori ordinari⁸⁵.

2.2.3. La proroga illegittima.

Il fenomeno delle "proroghe contrattuali" rappresenta uno dei temi di maggiore criticità nelle pubbliche amministrazioni e spesso la Corte dei conti ha rilevato un utilizzo distorto delle proroghe tecniche.

La proroga e il rinnovo⁸⁶ sono strumenti di cui la stazione appaltante dispone per estendere nel tempo gli effetti di un contratto d'appalto ed evitare un blocco dell'azione amministrativa.

⁸⁵ In tal senso, il Parere n.134 del 20/06/2014 dell'ANAC che ha ribadito come "i servizi elencati nell'allegato II B e di importo superiore alla soglia sono menzionati, insieme ad altri, nella "Comunicazione interpretativa per l'aggiudicazione degli appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della U.E. del 1 agosto 2006, n. C 179. In detta Comunicazione la Commissione U.E. fornisce ulteriori e più precise indicazioni sulle modalità di affidamento degli appalti in questione, da cui si ricava una più completa disciplina rispetto a quanto sancito dal citato art. 27 del Codice dei contratti pubblici. In particolare, è stata indicata l'esigenza che gli affidamenti siano preceduti da "un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione" con l'indicazione di alcune modalità per il rispetto di tale regola. Ciò posto le Stazioni appaltanti, sono invitate, quando in particolare affidano servizi compresi nell'allegato II B al Codice dei contratti pubblici il cui importo superi la soglia di applicazione della normativa comunitaria, ad osservare le indicazioni fornite con detta Comunicazione interpretativa, soprattutto per quanto riguarda le forme di pubblicità da adottare, che devono essere improntate al criterio di ampia diffusione ed adeguatezza". A tal fine, appare necessario "che l'affidamento sia preceduto dalla pubblicazione di avviso o bando sul sito informatico della stazione appaltante, sui siti informatici di cui al D.M. n. 20 del 6 aprile 2001 e sui quotidiani, non escludendo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e su quella della Unione europea per appalti di consistente rilevanza economica". Così, Sezione giurisdizionale Campania, 28 gennaio 2015 n. 90.

⁸⁶ La differenza tra i due istituti è data dalla scadenza contrattuale: nella proroga viene spostata in avanti, quando il contratto non è ancora scaduto (la fonte del rapporto continua ad essere il contratto originario); nel rinnovo il contratto, ormai scaduto, viene rinnovato con una nuova manifestazione di volontà (la fonte del rapporto è l'atto di rinnovo).

Tuttavia, essa costituisce un'eccezione al principio di immutabilità del contratto.

Non è un caso che la c.d. proroga tecnica sia disciplinata dall'art. 106, comma 11, del D.lgs. 50/2016 nell'ambito delle "modifiche dei contratti nel periodo di efficacia".

Tali istituti sono visti con sfavore dal legislatore in quanto, intaccando le condizioni originarie cristallizzate nel bando di gara, comportano una compressione dei principi di libera concorrenza.

Infatti, la durata costituisce un elemento essenziale del contratto non modificabile dalle parti in quanto l'indicazione di una durata diversa nel bando di gara avrebbe potuto attrarre altri operatori economici.

Inoltre, differire il termine contrattuale comporta un aumento del valore stimato della commessa pubblica in quanto incide sulle condizioni originarie dell'appalto poste a base di gara mentre il rapporto contrattuale resta regolato dalla sua fonte originaria.

Anche l'ANAC definisce negativamente la proroga, ritenendola "un ammortizzatore pluriennale di inefficienze di programmazione" dovuto alla mancanza di una corretta programmazione delle acquisizioni di beni e servizi⁸⁷.

In particolare, l'Autorità ha precisato che la proroga costituisce un rimedio eccezionale che, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, configura una violazione delle disposizioni vigenti in materia di approvigionamento di beni, servizi e lavori.

⁸⁷ Delibera ANAC del 25 settembre 2019 n. 882.

Pertanto, il ricorso alla proroga in sé non è vietato ma è il suo uso improprio e ingiustificato che può assumere profili di illegittimità e di danno erariale⁸⁸.

Sul punto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, da tempo, ha precisato che in caso di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio che, salvo espresse previsioni dettate dalla legge in conformità alla normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara⁸⁹.

La proroga, come soluzione di carattere eccezionale, deve mantenere carattere di temporaneità esclusivamente al fine di assicurare il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente.

Secondo una consistente parte della giurisprudenza contabile le proroghe e i rinnovi dei contratti pubblici in violazione degli obblighi di messa in concorrenza determinano un danno alla finanza pubblica.

Sul punto, la Corte dei conti ha affermato che deve ritenersi ormai pacificamente acquisito che "il ricorso all'istituto della proroga, nell'arco di diversi anni, oltre ad essere contrario ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, previste dal

⁸⁸ Ciò soprattutto quando le amministrazioni interessate non dimostrino di aver attivato tutti quegli strumenti organizzativi-amministrativi necessari ad osservare e non eludere il generale e tassativo divieto di proroga dei contratti in corso e le correlate distorsioni del mercato. In tal senso, Corte dei conti sezione regionale di controllo per il Piemonte Delibera n. 62/2020/SRCPIE/PRSS.

⁸⁹ Consiglio di Stato, Sezione V, 8 luglio 2008, n. 3391.

codice dei contratti, atteso che l'istituto riveste carattere di temporaneità e di eccezionalità, si configura come un vero e proprio affidamento diretto. La costante giurisprudenza amministrativa riconosce il principio secondo cui la proroga (legittima) dei contratti pubblici deve intervenire prima della scadenza del termine contrattuale, altrimenti si configura l'affidamento di un nuovo contratto senza gara"⁹⁰.

La previgente disciplina contenuta nell'art. 125, comma 10, lett. c) del D.lgs. 163/2006 ammetteva la proroga solo per l'acquisizione in economia di beni e servizi ed in relazione a "prestazioni periodiche di servizi, forniture a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria".

Con l'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016, la scelta del legislatore è stata differente.

L'art. 106, comma 11, del vigente codice appalti stabilisce che "la durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante".

Ne consegue che l'unica proroga ammessa, nel sistema vigente, è quella "tecnica" ovvero quella diretta a

⁹⁰ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lazio, sentenza n. 356 del 12 luglio 2019.

consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento della nuova procedura di gara.

Tuttavia, il Consiglio di Stato⁹¹ ha affermato che gli effetti del differimento contrattuale potrebbero essere parimenti raggiunti anche al di fuori dei limiti della proroga tecnica qualora ricorrano i presupposti di cui all'art. 106, comma 1, lett.c), n. 1.

Tale norma, di carattere generale, consente la modifica contrattuale (quindi anche della durata) qualora sorgano "circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti".

Durante il periodo emergenziale della pandemia da Covid-19 si è fatto largo uso di questo meccanismo, favorito anche dalle normative all'uopo emanate, come l'ordinanza del Dipartimento della protezione civile n. 659 del 1° aprile 2020 che ha previsto la c.d. "proroga in deroga".

Con riferimento alla suindicata ordinanza, l'ANAC ha chiarito che lo scopo della disposizione che deroga all'art. 106, comma 11, è quello di consentire varianti anche se non previste nei documenti di gara iniziali e allo scopo di

⁹¹ Consiglio di Stato, sentenza n. 6326 del 23 settembre 2019.

derogare ai termini previsti dai commi 8⁹² e 14⁹³ del medesimo articolo per gli adempimenti nei confronti di ANAC.

Un'altra via percorribile qualora il bando di gara non abbia previsto la proroga tecnica ma la stazione appaltante necessiti di disporre di un periodo temporaneo di affidamento, è quella del c.d. "contratto ponte" previsto all'art. 63, comma 2, lett. c) del D.lgs. 50/2016.

Si tratta della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara che ai sensi della citata disposizione può essere utilizzata "nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non

⁹² Ai sensi del quale "La stazione appaltante comunica all'ANAC le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) e al comma 2, entro trenta giorni dal loro perfezionamento. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'Autorità irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo. L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica".

⁹³ Secondo il quale "Per gli appalti e le concessioni di importo inferiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché quelle di importo inferiore o pari al 10 per cento dell'importo originario del contratto relative a contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, sono comunicate dal RUP all'Osservatorio di cui all'articolo 213, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza. Per i contratti pubblici di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera di importo eccedente il dieci per cento dell'importo originario del contratto, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture prioritarie, sono trasmesse dal RUP all'ANAC, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad una apposita relazione del responsabile unico del procedimento, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante. Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, essa esercita i poteri di cui all'articolo 213. In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera previsti, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 213, comma 13".

devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”.

Recentemente la Sezione di controllo per la Regione Siciliana⁹⁴ ha ricusato il visto al decreto del Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria - Provveditorato Regionale della Sicilia, concernente l'approvazione dell'atto di ulteriore proroga tecnica dell'appalto del servizio di ristorazione nelle mense obbligatorie per il personale della Polizia penitenziaria presso gli istituti penitenziari e i servizi della Regione Siciliana, a norma dell'art. 106, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

La motivazione della proroga tecnica per l'ulteriore periodo di sei mesi muoveva dalla circostanza che la procedura aperta per la scelta di un nuovo contraente, che secondo l'iniziale programmazione avrebbe dovuto concludersi entro il 30 giugno 2020, era ancora in corso di svolgimento a causa delle straordinarie e urgenti misure normative connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19.

In particolare, la procedura di gara comunitaria, in ragione del valore sopra soglia dell'appalto di servizi, veniva sospesa a fronte della normativa nazionale (art. 103, comma 1, D.L. n. 18/2020 e successivamente l'art. 37, comma 1, D.L. n. 23/2020) che ha disposto la sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi per il periodo

⁹⁴ Corte dei conti, Sezione di controllo per la Regione Siciliana deliberazione 22 settembre 2020 n. 124.

compreso tra il 23 febbraio e il 15 maggio 2020, ove pendenti o iniziati in tale intervallo di tempo.

La Sezione di controllo ha affermato che “l’eccezionale situazione di emergenza sanitaria non consentirebbe all’operatore del diritto di aprirsi a interpretazioni del contesto normativo tali da far “ritrarre” il diritto comunitario della concorrenza”.

Il Collegio ha osservato come nella fase acuta dell’emergenza, la stessa Commissione europea ha posto all’attenzione delle stazioni appaltanti la circostanza che i principi di libera concorrenza e il diritto di iniziativa economica non avrebbero potuto essere obliterati neppure a causa dell’eccezionalità della situazione in atto⁹⁵.

La posizione assunta dalla Corte dei conti appare dunque chiara: l’istituto della proroga, durante il periodo emergenziale, non ne è uscito affatto rafforzato in quanto il suo ricorso resta sempre confinato ai casi eccezionali descritti dalla legge.

2.2.4. L’artificioso frazionamento dell’appalto.

Il danno alla concorrenza è stato ravvisato anche nell’affidamento di più commesse con distinti procedimenti elusivi dell’obbligo di esperire un’unica gara.

⁹⁵ “Con l’iniziativa in questione, infatti, la Commissione avvertiva l’esigenza di effettuare una ricognizione dei principali istituti, disciplinati dalle vigenti direttive comunitarie per i casi di urgenza e di estrema urgenza e connotati dai tratti della flessibilità, allo scopo di proporre “soluzioni rapide e intelligenti” atte a soddisfare le primarie esigenze di acquisizione di beni e servizi per affrontare la straordinaria crisi sanitaria, senza, tuttavia, compromettere il funzionamento dell’economia di mercato (es. considerevole riduzione dei tempi delle procedure aperte o ristrette; procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, etc.)” Così, Corte dei conti, Sezione di controllo per la Regione Siciliana, deliberazione n. 124 del 22 settembre 2020.

La Sezione giurisdizionale per la Regione Trentino-Alto Adige ha censurato le condotte degli amministratori locali di un Comune per aver fatto illegittimamente ricorso all'affidamento diretto del servizio di pulizia, instaurando – con il medesimo operatore economico - plurimi procedimenti di spesa per le varie sedi comunali⁹⁶.

In tal caso, la segmentazione per singole sedi e la scomposizione per singolo anno del rapporto contrattuale hanno concretizzato un artificioso frazionamento finalizzato all'affidamento diretto e reiterato al medesimo contraente di un servizio assolutamente unitario (di generica pulizia) "in palese spregio a ogni criterio di ragionevolezza e economicità, distinguendo immotivatamente servizi per singoli edifici e in periodi temporali irragionevolmente ridotti"⁹⁷.

⁹⁶ "Allo scopo di sottrarre l'affidamento del servizio di pulizia a ogni confronto concorrenziale l'Amministrazione continuò a prorogare (mediante isolate determinazioni di modesto importo) e a rinnovare (illegittimamente) le singole attività di pulizia per gli edifici nel corso delle singole annualità. In sostanza, tutte le attività svolte dal Segretario comunale e dagli Amministratori convenuti convergono nell'evidenziare che si è fatto ricorso alla trattativa diretta (senza neppure l'interpello officioso di altri soggetti) mentre vi erano i requisiti per procedere all'affidamento con forme concorsuali. Alla luce di tali circostanze appare a questo Giudicante ampiamente dimostrata la sussistenza del danno erariale, da qualificare essenzialmente come "danno alla concorrenza". Così Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Trentino-Alto Adige, 21 giugno 2013, n. 30.

⁹⁷ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Trentino-Alto Adige, sentenza del 21 giugno 2013, n. 30 la quale chiarisce che "l'ossequio ai principi di contrattualistica pubblica (congiunto a evidenti criteri di economicità e ragionevolezza) avrebbe dovuto indurre il Comune ad adottare una forma concorsuale per l'affidamento in unica soluzione –per un periodo almeno biennale- del servizio in questione; ciò posto, giova rammentare che, per giurisprudenza consolidata in materia, financo il ricorso alla trattativa diretta impone il confronto fra più offerte scritte (almeno cinque). Nel caso di specie i convenuti (i contratti sono stati materialmente posti in essere e rinnovati dal Segretario comunale), con palese e volontario spregio della normativa vigente, hanno: 1. immotivatamente frammentato l'affidamento del servizio di pulizia nel Comune, solo a posteriori (ovverossia in fase giudiziale) deducendo l'eterogeneità del servizio, in ostensiva violazione dell'art. 5, c. 3, della L.P. 23/1990; 2. irragionevolmente evitato qualsiasi confronto concorrenziale (imposto anche per la trattativa diretta) fra imprese, impedendo altresì un corretto confronto degli operatori disponibili localmente e determinando una maggiore spesa per l'Ente locale.

3. Il danno erariale.

Una volta individuata la condotta, attiva o omissiva, e verificata la sussistenza del dolo o della colpa grave occorre stabilire se da essa sia derivato un pregiudizio per il pubblico erario.

Il danno erariale può essere definito come la deminutio patrimonii⁹⁸ cagionata all'erario in ragione della condotta illecita del pubblico dipendente e si sostanzia nelle due forme di danno emergente (consistente nelle perdite effettivamente subite) e nel lucro cessante (ovvero il mancato futuro guadagno).

Tradizionalmente la giurisprudenza ha qualificato tale danno come patrimoniale, intendendo per tale un pregiudizio suscettibile di valutazione economica e quantificato secondo il criterio differenziale.

Tuttavia, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale ha consentito di configurare il danno erariale anche in caso di lesione ad un bene immateriale. Si parla, in tal caso di danno non patrimoniale in quanto attiene alla lesione di valori o interessi relativi a beni immateriali quali l'immagine, la salute, l'onore, il prestigio, etc.

Nella giurisprudenza della Corte dei conti, il danno non patrimoniale si rispecchia in genere nel danno all'immagine della pubblica amministrazione.

⁹⁸ La giurisprudenza riconduce nell'ambito del danno da diminuzione patrimoniale: le illecite percezioni di contributi europei, il mancato impiego di beni, le minori entrate, l'erogazione di somme a dipendenti pubblici effettuata in violazione del principio di onnicomprensività del trattamento economico.

Il danno erariale non coincide solo con la deminutio patrimonii, ma può consistere anche nel difetto di corrispondenza tra la spesa e l'utilità (es. utilizzo di contributi pubblici per finalità diverse da quelle previste dalla legge). In tal caso, si configura una lesione di un interesse funzionale correlato all'azione amministrativa⁹⁹.

Il danno deve essere certo, concreto e attuale.

Per "certo" deve intendersi un nocumento effettivo, sicuro, non dubbio, rispondente a verità, con il corollario che un danno esclusivamente potenziale non può divenire oggetto di un giudizio di responsabilità amministrativa, per carenza di requisito indefettibile.

La lesione è "attuale" quando sussista nel momento dell'introduzione del giudizio (di responsabilità) e in quello della sentenza di condanna, invece è "concreta" quando è obiettivamente attinente alla realtà e non a mere ipotesi o supposizioni, non essendo necessario che il pregiudizio risulti anche irreversibile, ossia, non sanabile mediante il ricorso ad altri meccanismi soddisfattori della pretesa creditoria.

Tali caratteristiche del danno devono sussistere con riferimento al momento della domanda introduttiva di giudizio¹⁰⁰.

Il danno conseguente alla violazione dei principi di evidenza pubblica è frutto di elaborazione giurisprudenziale

⁹⁹ **M. FRATINI**, *Compendio sistematico di contabilità pubblica*, Accademia del Diritto, 2019.

¹⁰⁰ Sul punto le Sezioni Riunite con la sentenza n. 14 del 5 settembre 2011 (QM) avevano già puntualizzato che *"un soggetto deve essere sottoposto a processo, per quanto riguarda la giurisdizione di responsabilità amministrativa, solo quando si siano realizzate tutte le condizioni di certezza, concretezza ed attualità del danno, che sono gli elementi alla cui tutela è posto il presidio della giustizia contabile [...]"*.

e costituisce voce autonoma di danno la cui trattazione richiede un'analisi approfondita poiché è stato configurato dalla giurisprudenza contabile in termini non sempre univoci.

Come si vedrà meglio nel successivo Capitolo III, la locuzione "danno alla concorrenza" ha assunto nella giurisprudenza contabile un'accezione anfibologica.

Esso, infatti, viene identificato sia nel mancato risparmio conseguente alla doverosa procedura comparativa (danno da concorrenza in senso stretto) sia nell'esborso dell'intero corrispettivo pagato all'impresa, al netto dell'utiliter datum in esecuzione di un contratto nullo per violazione delle norme imperative (danno da concorrenza in senso ampio o "atecnico").

A seconda della rilevanza che viene data all'una o all'altra accezione, si perviene a conclusioni differenti circa la configurabilità del danno in questione e la sua dimostrabilità in giudizio.

4. Il nesso di causalità.

Quanto, infine al nesso di causalità tra condotta ed evento, esso consiste nel nesso eziologico che consente di valutare l'evento dannoso come conseguenza immediata e diretta dell'azione o omissione.

Ai fini dell'individuazione del nesso di causalità trovano applicazione, anche nel giudizio di responsabilità

amministrativa, i criteri di cui agli artt. 40 e 41 del codice penale¹⁰¹.

Ne consegue che, qualora l'evento dannoso per l'erario sia stato determinato da una pluralità di condotte succedentesi nel tempo, a ciascuna di esse deve essere riconosciuta efficacia causale a meno che la condotta da ultimo posta in essere sia stata da sola sufficiente a determinare l'evento.

Pertanto, il principio della causalità adeguata, in forza del quale se l'evento dannoso è riferibile a più azioni, di esso rispondono i rispettivi autori, è temperato dal principio della causalità efficiente o giuridica di cui all'art. 42, comma 2, c.p. secondo cui le cause sopravvenute escludono il nesso di causalità solo quando sono da sole sufficienti a determinare l'evento, interrompendo il legame tra la causa più remota ed il danno¹⁰².

CAPITOLO III

DAL DANNO "ALLA CONCORRENZA" AL DANNO "DA OMESSA CONCORRENZA" NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DEI CONTI

¹⁰¹ Art. 40 c.p. *Rapporto di causalità* – "Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

Art. 41 c.p. *Concorso di cause* – "Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento. Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita. Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui".

¹⁰² **M. OREFICE**, "Diritto contabile pubblico", Direkta Ed., 2017.

SOMMARIO: 1. Evoluzione giurisprudenziale: il danno “alla concorrenza” 1.2. Il danno “da omessa concorrenza”. 2. La prova del danno e la sua quantificazione. 3. Cumulabilità con altre voci di danno erariale.

1. Evoluzione giurisprudenziale: il danno “alla concorrenza”.

Il danno erariale comprende al suo interno diverse e distinte voci che, a seconda della condotta tenuta, possono essere attribuite al soggetto legato all'Amministrazione da un rapporto di impiego o di servizio¹⁰³.

La prima elaborazione di danno erariale alla concorrenza si deve alla sentenza della Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Lombardia 27 luglio 2006 n. 447.

In tale occasione, al fine di contrastare efficacemente fenomeni corruttivi, o comunque, elusivi della normativa europea e nazionale a tutela della concorrenza, nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, la magistratura contabile, ha affermato che “la garanzia della legalità, trasparenza, efficacia ed efficienza dell'azione dei pubblici poteri, garantita dall'attività della Corte dei conti (sia in sede di controllo che in sede giurisdizionale), è connessa e funzionale alla tutela della concorrenza in tutti quei mercati contraddistinti dalla presenza di operatori

¹⁰³ In occasione dell'inaugurazione del dell'anno giudiziario 2016, il Presidente della Corte dei conti ha sottolineato il “*polimorfismo tipologico dell'illecito contabile, notoriamente atipico tranne che per i requisiti fondamentali ed essenziali dello stesso.*”

pubblici (in quanto la legalità del loro agire adiuva la formazione, il consolidamento ed il miglioramento di un mercato concorrenziale).

Ciò che si richiede, per l'appunto, è che l'azione amministrativa sia improntata al rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità e, quindi, conformata ai canoni della concorsualità. D'altro canto, è ormai un dato acquisito dalla scienza economica che il perfetto funzionamento dei meccanismi di mercato non necessita solo di una situazione di concorrenza effettiva, ma anche di una condizione di legalità, intesa questa come diffuso e comune rispetto delle regole, garanzia di crescita economica, nonché sociale. Sicché, il vulnus inferto, nel caso concreto, al funzionamento di detti meccanismi non può non rilevare sul piano della responsabilità amministrativo-contabile per il costo sociale che esso comporta, salvo il ricorso alla valutazione meramente equitativa dell'ammontare del relativo danno"¹⁰⁴.

Confermando, dunque, la possibilità di procedere in via equitativa alla liquidazione del danno ex art. 1226 c.c. la Corte lombarda ha assunto quale criterio di quantificazione l'utile economico indebitamente procurato dall'affidamento dell'appalto¹⁰⁵.

L'introduzione pretoria di questa nuova figura di responsabilità erariale, in assenza di una previsione

¹⁰⁴ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lombardia, 14 luglio 2006, n. 447.

¹⁰⁵ In tal senso anche Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Trentino-Alto Adige, 21 giugno 2013, n. 30.

normativa, ha però sollevato non poche perplessità in dottrina e in giurisprudenza¹⁰⁶.

In particolare, si è osservato che tale fattispecie di danno così come delineato nella sentenza sopra richiamata, oltre che prescindere dall'esistenza di un danno certo, concreto e determinato alle finanze pubbliche, non sembrerebbe neppure posto a tutela dell'erario, bensì del mercato.

In realtà, come emerge dalle successive pronunce contabili, i caratteri di tale tipologia di illecito non sempre sono stati individuati in modo uniforme dalla giurisprudenza in quanto "talvolta, con lo stesso nome si è fatto riferimento a lesioni di beni giuridici assai diverse, in relazione a sottostanti situazioni di fatto anch'esse differenti"¹⁰⁷

Il bene tutelato appare duplice: l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione e il corretto svolgimento della libera concorrenza tra operatori economici.

Così delineato, il danno alla concorrenza può porsi come "costo sociale", derivante dalla violazione delle regole della contrattualistica pubblica, nonché come "maggior spesa" sostenuta dall'Amministrazione in assenza di un confronto concorrenziale effettivo.

A seconda della preminenza data all'uno o all'altro profilo nel giudizio di responsabilità amministrativa, le decisioni della Corte dei conti pervengono a conclusioni differenti, sia con riferimento alla liquidazione del danno che alla sussistenza del danno stesso da parte del giudice.

¹⁰⁶ **A. CANALE; F. FRENI, M. SMIROLDO** (a cura di) *"Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti"*, Giuffrè Ed., Milano, 2017.

¹⁰⁷ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Piemonte, 13 gennaio 2011, n. 11.

Secondo un primo orientamento¹⁰⁸, seguito dalla Corte lombarda n. 447/2006 sopra richiamata, l'omissione di un minimo confronto concorrenziale determinando la nullità del contratto per violazione di norme imperative¹⁰⁹, comporta di per sé un pregiudizio erariale pari all'utile d'impresa, ossia ai "pagamenti eccedenti l'arricchimento senza causa ottenuto dall'amministrazione committente"¹¹⁰.

In tale prospettiva, l'utile del contratto è assunto quale parametro di quantificazione del risarcimento in quanto rappresenta la misura di tale eccedenza ai sensi dell'art. 2041 del codice civile.

La lesione delle regole della concorrenza determina automaticamente un danno, senza che sia necessario provare che l'espletamento di una gara avrebbe consentito di conseguire un risparmio di spesa.

1.2. Il danno "da omessa concorrenza".

La tesi esaminata nel paragrafo precedente non è stata recepita dalla giurisprudenza contabile maggioritaria, in quanto ritenuta contraddittoria e incompatibile con l'impostazione tradizionale della responsabilità amministrativa che richiede l'effettiva sussistenza di un

¹⁰⁸ *Ex multis* Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lombardia, 9 dicembre 2008, n. 980; Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Piemonte, 6 luglio n. 2010, 96.

¹⁰⁹ Sul punto, Corte di Cassazione, Sezione I, 5 maggio 2008, n. 11031 *"nel contratto di appalto pubblico l'omissione della gara prescritta dalla legge per l'individuazione del contraente privato comporta la nullità del contratto per contrasto con norme imperative"*.

¹¹⁰ Sul punto, Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lombardia, 27 luglio 2006, n. 447; Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lombardia 30 settembre 2009, n. 598; Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lombardia 24 ottobre 2017, n. 427.

pregiudizio all'erario certo, concreto, attuale ed economicamente determinabile.

In primo luogo, si è osservato che l'espressione, ormai comunemente adottata, di "danno alla concorrenza" risulta essere inadeguata ad individuare la tipologia di danno in questione in quanto non concerne né il corretto funzionamento del mercato, né le imprese concorrenti che sono state illegittimamente escluse dalla gara.

Invero, il danno di cui trattasi non è "alla concorrenza", intendendo per tale quello che colpisce le imprese illegittimamente estromesse dalla gara e i cui interessi sono tutelabili dinanzi al giudice amministrativo; bensì deve intendersi il danno arrecato all'erario in seguito alla violazione di norme imperative, comunitarie e interne, a tutela della concorrenza, con conseguente nullità del contratto ed illiceità di qualsiasi pagamento eccedente l'arricchimento senza causa¹¹¹.

In secondo luogo, l'arricchimento senza causa conseguente alla nullità del contratto elusivo della concorrenza, investe una tipologia di danno erariale diverso, ovvero, il pregiudizio erariale determinato dall'illegittima spendita di denaro in assenza di un titolo giustificativo e non il mancato risparmio che l'amministrazione avrebbe ottenuto qualora il contraente fosse stato individuato all'esito di una procedura comparativa.

¹¹¹ Sul punto, **A. VETRO**, "Il c.d. "danno alla concorrenza" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte dei conti", in *Latium – Selectae Iudicium Decisiones*, Rassegna di giurisprudenza della Sezione Giurisdizionale per la Regione Lazio, Novembre – Dicembre 2011, Anno II – n. 6, pp. 141 e ss.

L'ingiustificato esborso non ha nulla a che fare con il pregiudizio determinato dal mancato rispetto della concorrenza. In tal caso, osservano i giudici contabili, sussiste "una lesione del principio della concorrenza solo in via mediata, essendo per contro immediatamente percepibile e rilevabile l'elusione o violazione delle norme dell'evidenza pubblica che anche tale principio sono dirette a tutelare"¹¹².

Ne discende che l'utile d'impresa pagato dalla pubblica amministrazione non corrisponde al danno alla stessa prodotto per effetto del mancato rispetto delle regole a tutela della concorrenza¹¹³.

La giurisprudenza prevalente¹¹⁴ identifica il danno da omessa concorrenza nel pregiudizio arrecato alle finanze pubbliche dai maggiori oneri che l'amministrazione è costretta a sopportare a causa dei mancati risparmi di spesa che avrebbe potuto ottenere in seguito ad un confronto concorrenziale.

E' il c.d. danno "differenziale" pari, cioè, alla differenza tra la spesa effettivamente sostenuta dall'Amministrazione e quella (minore) che, invece, avrebbe potuto ottenere assolvendo l'obbligo della procedura concorsuale.

Tale locuzione è stata mutuata dalla giurisprudenza amministrativa e designa il danno risarcibile per equivalente

¹¹² Così, Corte dei conti, sezione giurisdizionale Sardegna, 8 novembre 2011, n. 595

¹¹³ In tal senso, la Corte dei conti, Sezione II; giurisdizionale di Appello, 20 aprile 2011 ha osservato che *"dal lato dell'amministrazione danneggiata e salvo che non si agisca per il danno indiretto, non si vede perché la maggiore spendita di denaro pubblico che può conseguire dall'illegittima scelta del contraente, dovrebbe coincidere - nella stessa misura percentuale e numerica - con la perdita dell'utile riconosciuta all'impresa illegittimamente estromessa"*.

¹¹⁴ *Ex multis*, Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Umbria, 6 dicembre 2007, n. 256; Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Umbria, 12 ottobre 2009, n. 122.

in favore di un'impresa che non abbia avuto la possibilità di aggiudicarsi un contratto (si parla, infatti, di perdita di chance) a causa dell'illegittima esclusione da una gara o a seguito dell'omessa espletazione della stessa¹¹⁵.

Il bene tutelato è, dunque, necessariamente individuato nel patrimonio dell'amministrazione, depauperato a causa dei maggiori costi sostenuti¹¹⁶.

Tale orientamento ha evidenziato che la necessità della sussistenza di un effettivo pregiudizio al patrimonio dell'ente pubblico, rappresenta prim'ancora che requisito imprescindibile della responsabilità amministrativa, l'essenziale presupposto della giurisdizione della Corte dei conti.

Ne consegue, secondo ormai consolidata giurisprudenza¹¹⁷, che il mancato rispetto delle regole di evidenza pubblica possa costituire "un indizio di danno, in quanto suscita il sospetto che il prezzo contrattuale non corrisponda al minor prezzo che sarebbe stato ottenibile dal confronto di più offerte. Trattandosi, però, pur sempre di un

¹¹⁵ In tal senso, Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d'Appello, II, 22 gennaio 2021, n. 48 *"la sentenza impugnata ha utilizzato la qualificazione di danno da perdita di chance che, in effetti, appare più appropriata alla sostanza del pregiudizio, consistente nella perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, mentre quella di danno alla concorrenza sembra più calzante ove riferita alla lesione delle situazioni giuridiche soggettive degli operatori economici che ricevono tutela attraverso le regole della concorrenza. Le due espressioni sono generalmente, usate indifferentemente e per quel che rileva nel caso di specie, assolutamente coincidenti. La peculiarità deriva dal fatto che il danno prospettato consiste non nella perdita di un vantaggio economico, ma nella perdita definitiva della possibilità di conseguirlo, secondo una valutazione ex ante da ricondursi, diacronicamente, al momento in cui il comportamento illecito ha inciso su tale possibilità in termini di conseguenza dannosa potenziale (in terminis, Cass. 17/04/2008, n. 10111). Presupposto ed essenza stessa di tal genere di danno è dunque l'incertezza, ossia l'impossibilità di affermare con certezza che, se lo stesso non si fosse prodotto, il vantaggio economico avuto di mira si sarebbe oppure no conseguito, essendo il danno per l'appunto rappresentato dalla definitiva perdita della possibilità di conseguirlo (la cui affermazione dovrà comunque rispondere ai parametri della apprezzabilità, serietà, consistenza)"*.

¹¹⁶ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Puglia, 20 dicembre 2007, n. 768.

¹¹⁷ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d'Appello, I, 12 maggio 2016, n. 263; Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lazio, 5 dicembre 2016, n. 333; Sezione giurisdizionale Sicilia 13 gennaio 2017, n. 5; Sezione giurisdizionale d'Appello, I, 4 febbraio 2015, n. 105.

sospetto, occorre dimostrare che effettivamente nel caso concreto la violazione delle norme sulla scelta del contraente abbia determinato una maggiore spendita di denaro pubblico”¹¹⁸.

Secondo tale orientamento è esclusa ogni azione per danni meramente potenziali¹¹⁹.

2. La prova del danno e la sua quantificazione.

Uno degli aspetti centrali in relazione a questa peculiare figura di danno è dato dalla dimostrabilità in giudizio del nocumento patrimoniale che l'amministrazione subisce a seguito della violazione delle regole dell'evidenza pubblica.

Come si è accennato sopra, sul tema si sono sviluppati due contrapposti indirizzi giurisprudenziali.

Secondo il primo indirizzo, la violazione delle regole della concorrenza determinerebbe automaticamente un nocumento.

Si tratterebbe quindi di un danno in re ipsa individuato nel “vulnus alla concorrenza e al correlativo interesse

¹¹⁸ *Ex multis*, Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d'appello, 20 aprile 2011, n. 198; Sezione giurisdizionale Sicilia, 13 febbraio 2014, n. 293.

¹¹⁹ Di conseguenza, il pregiudizio derivante dall'omessa applicazione delle procedure concorsuali ai fini dell'individuazione del contraente, che tuttavia impatti esclusivamente su spese a carico di privati, non rientra nell'illecito contabile *de quo* (in tal senso, Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lombardia 21 aprile 2017, n. 56. Del pari, non si è ritenuto configurabile il danno da omessa concorrenza se l'esborso non dovuto risulti di poco superiore al valore medio di appalti analoghi (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d'Appello, II, 8 marzo 2017, n. 125) o all'applicazione delle tariffe professionali (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d'Appello, III, 24 aprile 2015, n. 254.

pubblico alla più ampia partecipazione possibile” cagionato dalla violazione delle disposizioni in materia di evidenza pubblica¹²⁰.

Secondo un opposto indirizzo¹²¹, invece, il danno alla concorrenza, non può discendere dalla mera inosservanza delle regole di evidenza pubblica e, al pari di qualsiasi altra tipologia di danno patrimoniale, deve essere adeguatamente provato dalla Procura attrice.

Ne consegue che l'omesso svolgimento della gara costituisce un mero indizio di danno in quanto foriera del sospetto che il prezzo contrattuale non corrisponda al minor prezzo che sarebbe stato possibile ottenere dal confronto concorrenziale.

Tale ultima tesi sembrerebbe essere quella più seguita dalla giurisprudenza contabile nonché la più aderente ai principi che governano il giudizio di responsabilità amministrativa.

La dimostrazione del danno può essere conseguita con ogni prova, anche indiziaria, come ad esempio la comparazione con i prezzi o con i ribassi conseguiti a seguito di gara per lavori o per servizi dello stesso genere di quello in contestazione purché sia provato che almeno un competitore diverso dall'affidatario avrebbe conseguito il lavoro o il servizio a condizioni più favorevoli¹²², purché univoca e non contraddetta dalle risultanze istruttorie.

¹²⁰ In tal senso, tra le altre, Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lombardia 589/2019; Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Trentino-Alto Adige, 21 giugno 2013, n. 30.

¹²¹ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d'Appello, III, 28 marzo 2018, n. 148

¹²² Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lombardia, 25 luglio 2013, n. 197.

Sul punto la giurisprudenza contabile ha rilevato che “in mancanza di specifica norma di legge che disponga diversamente, nell’accertamento (individuazione e prova) del danno definito “da concorrenza” non vigono regole e criteri diversi da quelli che possono essere utilizzati nelle altre fattispecie di danno regolate in via generale, per cui nell’accertamento deve essere rispettato il principio della concretezza e della attualità del danno e, nella sua quantificazione, i limiti entro i quali il giudice può procedere a determinare tale danno in via equitativa”¹²³.

Sarà pertanto onere della Procura attrice dimostrare che nel caso concreto la violazione delle norme sulla scelta del contraente abbia effettivamente determinato una maggiore ed ingiustificata spendita di denaro pubblico.

Ne deriva che in assenza di concreti elementi di prova è precluso al giudice contabile esercitare alcun potere istruttorio “non solo perché devierebbe su fatti la cui individuazione è prerogativa esclusiva della Procura attrice, ma anche perché il fatto in cui si concreta il preteso danno deve essere rilevato dalla Procura mediante la sua affermazione e contestazione al convenuto; in altri termini, la specifica ipotesi di danno, concreto ed attuale, deve essere portata all’oggetto del giudizio poiché costituisce, sotto il profilo processuale, il necessario presupposto per l’instaurazione del contraddittorio tra le parti”¹²⁴.

Accertata l’esistenza del danno secondo i criteri esposti nel paragrafo precedente altro problema che si pone

¹²³ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lazio, 5 dicembre 2016, n. 333.

¹²⁴ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lazio, 5 dicembre 2016, n. 333.

all'interprete, strettamente connesso con l'onere probatorio, è dato dalla quantificazione.

La giurisprudenza delle sezioni di appello della Corte dei conti¹²⁵, a fronte della difficoltà di individuare un criterio di determinazione del danno, si è consolidata nel ritenere che la dimostrazione dell'esistenza di una spesa maggiore di quella che si sarebbe sostenuta con la procedura ad evidenza pubblica e la sua entità sono intimamente connesse sul piano probatorio.

Infatti, i criteri presuntivi, comunemente seguiti dai giudici contabili¹²⁶, rappresentano al tempo stesso criteri di accertamento dell'entità del danno e del suo quantum.

A titolo esemplificativo si citano: il rapporto tra media dei ribassi rilevata dall'ANAC e percentuale tra il 5% e il 10% ordinariamente considerata nel contenzioso amministrativo quale utile d'impresa; l'utile d'impresa (5% - 10%) quale parametro economico quantitativo per stimare il mancato risparmio dell'ente; il confronto tra costo medio di un prodotto in regime di rinegoziazione, e quindi senza contratto, e costo offerto nell'ambito di una gara; la comparazione con i prezzi o con i ribassi conseguiti, in contesti temporali ragionevolmente prossimi, a seguito di gara per servizi o forniture dello stesso genere o consimili a quello per il quale non ha operato la dialettica concorrenziale.

In una recente sentenza¹²⁷ riguardante il caso, noto alle cronache giudiziarie come "Mafia Capitale", la Sezione

¹²⁵ Corte dei conti, Inaugurazione dell'anno giudiziario 2021, Relazione sull'attività, Roma 19 febbraio 2021.

¹²⁶ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d'Appello, III, 17 novembre 2020, n. 199.

giurisdizionale Lazio della Corte dei conti ha assolto i convenuti dall'ipotesi di danno alla concorrenza.

La Sezione, in tale occasione, non ha ritenuto provato il danno da concorrenza da parte della Procura in quanto "il requirente l'ha fatta conseguire, automaticamente, dalla mancata effettuazione di gare pubbliche nei settori in cui sono state affidate commesse ad imprese collegate al convenuto". E, richiamando la consolidata giurisprudenza, ha precisato anche che "la configurazione di tale tipologia di danno erariale comporta la necessità della dimostrazione da parte del requirente che dal ricorso alle gare pubbliche sarebbero conseguiti minori costi rispetto a quelli sostenuti dall'amministrazione danneggiata".

Il Collegio, inoltre, non ha condiviso la quantificazione del presunto danno in questione, "basato su un criterio equitativo pari al 10% del valore di tutti gli affidamenti e non, come sarebbe stato più corretto, l'eventuale maggior costo sostenuto dall'amministrazione riguardo ai singoli affidamenti"¹²⁸.

3. Cumulabilità con altre voci di danno erariale.

La Corte dei conti si è posta la questione concernente la cumulabilità del danno da omessa concorrenza con la diversa voce di "danno da tangente", al fine di evitare una duplicazione concettuale.

¹²⁷ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lazio, 13 aprile 2021, n. 337;

¹²⁸ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lazio, 13 aprile 2021, n. 337.

La figura del danno da tangente, al pari del danno alla concorrenza, è stata elaborata dalla giurisprudenza contabile con specifico riferimento alla materia degli appalti pubblici dove sono, purtroppo, frequenti fenomeni corruttivi.

Tale voce di danno si identifica con il maggior costo normalmente sopportato dall'amministrazione appaltante per effetto della traslazione della tangente.

E' infatti intuitivo che l'imprenditore, di norma, non lavora in perdita e che, se paga al funzionario pubblico una tangente per essere favorito ed aggiudicarsi una procedura, considera la tangente alla stregua di un costo d'esercizio, di cui tiene inevitabilmente conto in sede di determinazione del prezzo di offerta, con la conseguenza che la tangente viene "scaricata" sulla controparte (ad es. attraverso la fissazione di un prezzo iniziale più alto, oppure attraverso la contabilizzazione di maggiori lavori rispetto a quelli realmente eseguiti o mediante l'utilizzo di materiali di minor pregio all'esecuzione di varianti ingiustificate, etc.)¹²⁹.

I giudici contabili concordano nel ritenere che "se le tangenti percepite hanno illecitamente aumentato il prezzo dei relativi appalti per la pubblica amministrazione, allora non è possibile addebitare per gli stessi lavori una seconda percentuale di "sovrapprezzo", senza la positiva dimostrazione dell'ulteriore quota di danno: ed infatti, già lo stesso danno da tangente, calcolato in via equitativa a norma dell'art. 1226 c.c., tiene conto e comprende ogni possibile elemento dell'aumento del corrispettivo in cui consiste il danno patrimoniale, ovvero il maggiore, ingiusto

¹²⁹ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Piemonte, 13 gennaio 2011, n. 11.

prezzo pagato dall'ente pubblico per quei lavori. E dunque, appare doveroso evitare la duplicazione della condanna, con riferimento a quelle opere per le quali già è stato individuato il più alto, indebito esborso sub specie del danno patrimoniale c.d. da tangente¹³⁰.

In tale ottica, il danno alla concorrenza, quale maggior esborso sopportato dall'amministrazione per effetto della violazione delle regole di evidenza pubblica è stato ritenuto alternativo al danno da tangente¹³¹.

Diversamente, la Corte dei conti ha ritenuto il danno alla concorrenza cumulabile con il danno da disservizio sull'assunto che i due illeciti hanno ad oggetto condotte e pregiudizi differenti.

Il danno da disservizio viene, infatti, in rilievo qualora l'azione amministrativa non raggiunga, sotto il profilo qualitativo, l'utilità ordinariamente ritraibile dall'impiego di determinate risorse determinando uno spreco delle stesse.

Si tratta, dunque, di un pregiudizio concreto, effettivo e attuale che coincide con il maggior costo del servizio, nella misura in cui si riveli inutile per l'utenza¹³².

Appare evidente come il danno alla concorrenza si differenzi dal danno da disservizio che attiene alla qualità del servizio offerto e non alla sua materiale esecuzione¹³³.

¹³⁰ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d'Appello, I, 14 dicembre 2012, n. 809

¹³¹ In tal senso, Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Piemonte, 13 gennaio 2011, n. 11; Sezione giurisdizionale Piemonte, 14 ottobre 2014, n. 123.

¹³² La Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Piemonte, 13 gennaio 2011, n. 11; ha riconosciuto il danno da disservizio per le spese effettivamente sostenute dall'amministrazione in diretta conseguenza dei reati commessi dai funzionari accusati di corruzione (quantificandolo nel valore delle risorse e delle "ore-uomo" impiegate da dirigenti e funzionari dell'ente per l'attività di recupero, esame e rielaborazione di tutta la documentazione attinente ai lavori oggetto di procedimento penale).

¹³³ Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d'Appello, I, 12 febbraio 2014, n. 253.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Alla stregua della disamina effettuata nei capitoli che precedono, si evince come il principio della concorrenza, a seguito di un arduo percorso, si è assestato come principio fondamentale del nostro ordinamento.

Si è passati da un primo periodo nel quale il parametro dell'utilità sociale veniva spesso usato come limite alla concorrenza intesa come libertà di iniziativa economica privata, alla concezione attuale per cui, grazie all'influenza del diritto euro-unitario, questa si è cristallizzata nel novero dei principi fondamentali.

Ebbene, come recentemente segnalato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato¹³⁴ garantire la concorrenza può contribuire alla ripresa economica per una evidente ragione di carattere macroeconomico: molte delle misure per contrastare la crisi rischiano di rivelarsi inefficaci a fronte di mercati scarsamente competitivi.

Lo scudo normativo introdotto dal "Decreto semplificazioni"¹³⁵ che estende fino al 30 giugno 2023 la limitazione della responsabilità erariale ai danni causati da inerzie o condotte omissive connotate da colpa grave non può che destare serie preoccupazioni in quanto rischia di creare delle vere e proprie sacche di impunità per chi è chiamato a gestire il denaro pubblico.

¹³⁴ Segnalazione ex artt. 21 e 22 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 in merito a *"Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza – anno 2021"*.

¹³⁵ D.L. 16 luglio 2020 n. 76 convertito in Legge 11 settembre 2020 n. 120 successivamente modificato dall'art. 51, comma 1, lett. h), D.L. 31 maggio 2021, n. 77.

La normativa introdotta potrebbe non solo non rispondere a quelle esigenze di maggiore efficienza postulate dal diritto euro-unitario nella selezione dei progetti su cui investire le risorse di derivazione europea e nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione, ma altresì generare profili di illegittimità costituzionale per violazione dei principi di buon andamento, di uguaglianza e di ragionevolezza.

Non appare infatti ragionevole né proporzionato differenziare le condotte commissive (introducendo solo per queste lo scudo erariale) dalle condotte omissive o inerti.

Basti pensare agli stessi giudizi di responsabilità per danno alla concorrenza laddove, in applicazione della normativa recentemente introdotta, potrebbe essere imputata la responsabilità amministrativa al solo dirigente superiore gerarchico che, ad esempio, ha omesso di controllare l'operato del funzionario che con la sua condotta commissiva ha, invece, cagionato il danno erariale.

Tale conseguenza oltre ad apparire irragionevole e sproporzionata ex art. 3 della Costituzione non tutelerebbe neppure l'erario da fenomeni corruttivi ed elusivi delle norme a tutela della concorrenza.

Non resta che attendere i futuri orientamenti sul tema della giurisprudenza contabile.

BIBLIOGRAFIA

Altieri A., La responsabilità amministrativa per danno erariale, Giuffrè Editore, 2012.

Andreis M. - Morzenti Pellegrini R. (a cura di), Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa – Atti dell'incontro preliminare AIPDA Università degli Studi di Bergamo – 7 giugno 2016, G. Giappichelli Editore – Torino 2016.

Bottino G., La responsabilità amministrativa: profili sostanziali in Canale A., Freni F., Smirolfo M. Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti, Giuffrè, Milano, 2017.

Canale A. – Freni F. – Smirolfo M., Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti, Giuffrè Editore, 2017.

Cantone R. – Carloni E., Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni, Feltrinelli Editore, Milano.

Caringella F., Manuale di diritto amministrativo, Dike Giuridica Editrice, 2018.

Casetta E., Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2014.

Cassano G., Catricalà A., Clarizia R., Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori, UTET, 2018.

Clarich M., Contratti pubblici e concorrenza https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2016/09/M.Clarich_Contratti-pubblici-e-concorrenza.pdf

Corsetti A., Il danno alla concorrenza giudicato dalla Corte dei conti, in Foro amm. TAR fasc. 7-8, 2006, pag. 2735.

D'angelo L., Danno erariale alla concorrenza e figure "similari", Altalex <https://www.altalex.com/documents/news/2013/03/05/danno-erariale-alla-concorrenza-e-figure-similari>

Di Sciascio A.F., Il danno erariale (alla concorrenza): tra sussistenza in re ipsa e parametri presuntivi di riferimento, in Rivista della Corte dei conti, n. 2/2020.

Foà S., Nuove tipologie e classificazioni del danno erariale alla luce della giurisprudenza contabile, in Andreis M., Morzenti Pellegrini R., Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa – Atti dell'incontro preliminare AIPDA – Università degli Studi di Bergamo, - 7 giugno 2016, G. Giappichelli ed., Torino.

Fratini M., Compendio sistematico di contabilità pubblica, Accademia del Diritto, 2019.

Manzini P., Il risarcimento del danno nel diritto alla concorrenza, commento al D.lgs. n. 3/2017, G. Giappichelli, 2017.

Orefice M., Diritto contabile pubblico, Direkta Edizioni, 2017.

Cavallo Perin R. – M.G. Racca, “La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici”, in Diritto amministrativo, Rivista trimestrale, Anno XVIII, Fasc. 2/2010, Ed. Giuffrè.

Roppo V., Il Contratto” in “Trattato di diritto privato” (a cura di G. Iudica e P. Zatti), Giuffrè ed., 2011.

Tenore V. (a cura di), La nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli, Giuffrè Editore, 2018.

Vetro A., Il c.d. “danno alla concorrenza” alla luce della più recente giurisprudenza della Corte dei conti”, in Latium – Selectae Iudicium Decisiones, Rassegna di giurisprudenza della Sezione Giurisdizionale per la Regione Lazio, Novembre – Dicembre 2011, Anno II – n. 6, pp. 141 e ss.

Zanobini G., Corso di diritto amministrativo, vol. I, VIII ed., Milano, 1958.