

## **IL C.D. "DANNO ALLA CONCORRENZA" ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DEI CONTI.**

Il tema, già trattato nel precedente articolo dello scrivente in data 13 giugno 2011, merita un ulteriore approfondimento, alla luce della recentissima sentenza n. 595/2011 della Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Sardegna.

Nel citato articolo è stata richiamata la sentenza n. 11031/08 con la quale la Corte di Cassazione ha statuito che "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", aggiungendo che, a seguito della declaratoria di nullità, all'appaltatore "eventuali restituzioni potevano spettare soltanto in forza di azione di ripetizione dell'indebito o di indebito arricchimento".

Con sentenza n. 3672/2010 la suprema Corte ha poi "ribadito che l'elusione delle garanzie di sistema a presidio dell'interesse pubblico prescritte dalla legge per l'individuazione del contraente privato più affidabile comporta la nullità del contratto per contrasto con le relative norme inderogabili ... e conseguentemente non dovuti, dagli enti, i compensi sulla base di questo erroneamente riconosciuti dall'impugnata sentenza alla società".

Con sentenza n. 598/2009 la Sezione Lombardia, in linea con la giurisprudenza della stessa Sezione in materia, consolidata in ben quindici sentenze (n. 477/2006; 448/2007; 135,288, 979, 980/2008; 70, 428, 476, 767, 808, 809, 810, 811/2009; 109/2011), ha dato puntuale applicazione a tali principi, affermando testualmente che "il danno (alla concorrenza), nel giudizio di responsabilità, viene individuato nei pagamenti eccedenti la quota riconducibile all'arricchimento senza causa, sicché l'utile di impresa rappresenta la misurazione di tale eccedenza".

---

Sulla stessa linea della Sezione Lombardia si sono determinate la Sezione Piemonte, con sentenze n. 221/2009, 96/2010, 11, 35 e 44/2011 e la Sezione Abruzzo con sentenza n. 23/2011.

Di diverso avviso la Sezione Puglia, con sent. n. 768/2007, la Sezione Umbria, con sent. n. 122/2009 e la Sez. II giur.le centrale, con sent. n. 198/2011 (quest'ultima di annullamento della citata sentenza n. 598/2009 della Sezione Lombardia), secondo cui "il danno alla concorrenza è costituito dalla differenza tra la spesa effettivamente sostenuta dall'Amministrazione e quella (minore) che, invece, avrebbe potuto ottenere assolvendo l'obbligo della procedura concorsuale", in quanto "l'illegittimo affidamento di appalti o forniture a trattativa privata in violazione delle norme sui procedimenti ad evidenza pubblica non comporta di per sé l'insorgenza di un danno patrimoniale".

Con sentenza n. 595/2011 la Sezione sarda ha pedissequamente seguito la giurisprudenza introdotta dalla Sezione lombarda sin dal 2006, con sentenza n. 477, confermando che "l'elusione delle garanzie prescritte dalla legge, dettate a salvaguardia dell'interesse pubblico e regolanti le procedure per l'individuazione del contraente privato più affidabile e più tecnicamente organizzato per l'espletamento dei lavori, comporti un danno patrimoniale per l'Ente appaltante, nella elementare considerazione che dalla violazione di norme imperative discende sempre la nullità del contratto, con il conseguente obbligo, per l'Amministrazione, di erogare al privato contraente un compenso limitato al solo arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., con esclusione di quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace".

Peraltro la Sezione sarda, per giungere all'identica conclusione ripetutamente adottata della Sezione lombarda, ha sviluppato una singolare motivazione, non sempre di agevole comprensione, come quando sostiene che "laddove siano violate o disattese le relative norme di legge, può individuarsi 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".

Secondo la Sezione sarda, la giurisprudenza della Sezione Lombardia, pur integralmente seguita nella sostanza, "appare caratterizzata da eccessivi margini di incertezza, tanto che non mancano pronunce del giudice contabile che

ravvisano la sussistenza del danno" in modo diverso, richiamando le già citate sentenze della Sez. II d'appello, della Sez. Puglia e della Sez. Umbria.

1) Si premette che, sul piano della logica, appare discutibile l'affermazione secondo cui dalla premessa di presunti "eccessivi margini di incertezza" discenderebbe la conseguenza dell'adozione di opinioni diverse sull'argomento, che possono invece derivare molto più semplicemente da differenti vedute, del tutto indipendenti dalla proclamata "incertezza". Oltre tutto, la statuizione della Sezione d'appello (sent. n. 198/2011) è stata sicuramente influenzata da un vistoso equivoco per manifesta erroneità dei presupposti di fatto.

Infatti, in sede di appello si è ritenuto che il danno rilevato in primo grado non consistesse "nei pagamenti eccedenti la quota riconducibile all'arricchimento senza causa", e quindi nello "utile di impresa" che "rappresenta la misurazione di tale eccedenza", bensì nei maggiori costi derivanti dalle migliori condizioni che l'Amm.ne avrebbe ottenuto da un corretto concorso di più imprese nella gara pubblica, nel rispetto delle norme sulla concorrenza. Dall'erronea premessa è derivata l'erronea conseguenza sul presunto difetto di prova di un danno la cui determinazione è stata arbitrariamente riferita alla Sezione territoriale ed individuata senza fondamento nel "minor prezzo che sarebbe stato ottenibile dal confronto di più offerte".

Come rilevato nell'articolo dello scrivente del 13 giugno c.a., probabilmente l'equivoco è sorto anche in relazione all'impropria terminologia, ormai comunemente adottata, per individuare la particolare tipologia del danno in questione. Il danno di cui trattasi, infatti, non è "alla concorrenza", riferendosi questo, più correttamente, alle imprese illegittimamente escluse dall'aggiudicazione della gara, i cui interessi sono tutelabili dinanzi al giudice amministrativo, bensì è danno all'erario conseguente alla violazione delle norme imperative, comunitarie ed interne, a tutela della concorrenza, con conseguente nullità del contratto ed illiceità di qualsiasi pagamento eccedente l'arricchimento senza causa.

2) Scrive la Sezione sarda, dopo aver rilevato, in modo scarsamente comprensibile, nella giurisprudenza lombarda una presunta "commistione o non

chiara individuazione del rapporto causa/effetto nella delineazione delle fattispecie di responsabilità", che "laddove sia stata acclarata la violazione delle regole di evidenza pubblica in sede di aggiudicazione e di rinnovo di un contratto di appalto, sarà tale violazione la causa del danno erariale, e da essa discende, ma solo quale ulteriore effetto, la *"violazione dei canoni costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), eretti a fondamento della legge sul procedimento amministrativo (art. 1, l. n. 241/1990, testo novellato), di cui l'osservanza delle regole della concorrenza costituisce un elemento di primaria importanza"*, alla quale lesione, invece, il giudice contabile ha ancorato il danno alla concorrenza davanti a sé azionato (Sez. Lombardia sentenza n. 598/2009)". In realtà risulta manifestamente errata l'affermazione secondo cui la Sezione lombarda avrebbe "ancorato" il danno alla concorrenza alla sola violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Quest'ultima Sezione, nel punto 1) della sentenza, ha puntualizzato che "in particolare, viene censurata la violazione delle regole di evidenza pubblica in sede di aggiudicazione e di rinnovo del contratto di appalto integrato (*service*)". Inoltre, con specifico riferimento alla "condotta illegittima produttiva di danno", ha precisato come tale condotta illegittima sia ricollegabile alla violazione dell'art. 97, aggiungendo che il rispetto delle regole della concorrenza costituisce espressione dei principi del buon andamento e dell'imparzialità.

Sul punto la Sezione Lombardia ha puntualmente ribadito quanto affermato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 401/2007, secondo cui "l'osservanza dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza", insiti nella tutela della concorrenza, "costituisce attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 della Costituzione".

Nei punti successivi della sentenza della Sezione lombarda, riguardanti la determinazione e la quantificazione del danno erariale, è stato richiamato il criterio "determinato dalla giurisprudenza amministrativa in una percentuale del valore dell'appalto, 10 % o 5 % a seconda che si tratti di appalto di lavori o di

forniture di beni e servizi. Trattasi del criterio liquidatorio dell'utile di impresa, che viene mutuato dalle cause di risarcimento per equivalente, nel caso in cui non sia possibile la reintegrazione in forma specifica della pretesa dell'impresa ricorrente vittoriosa. Esso muove dal presupposto della spettanza, al privato contraente a causa dei vizi della procedura ad evidenza pubblica, del solo arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., in luogo del corrispettivo contrattuale. In applicazione di tale criterio, il danno (alla concorrenza), nel giudizio di responsabilità, viene individuato nei pagamenti eccedenti la quota riconducibile all'arricchimento senza causa, sicché l'utile di impresa rappresenta la misurazione di tale eccedenza".

3) Sempre in base alla (erronea) premessa secondo cui la Sezione lombarda avrebbe "ancorato" il danno alla concorrenza alla sola violazione dell'art. 97 della Costituzione la Sezione sarda ha ancora "ricordato che l'attuazione dei principi costituzionali e di quelli di derivazione comunitaria è rimessa in primo luogo al legislatore, il quale ... ha dettato regole precise dirette ad assicurare procedure di gara concorrenziali... Né può essere trascurato che l'ancorare la sussistenza del danno erariale alla lesione diretta del precetto costituzionale (senza valutare, quindi, lo "stadio intermedio" della violazione di norme imperative e delle conseguenze di tale violazione), porta ad ulteriori incertezze nella quantificazione del danno e dei criteri applicabili, rendendo "evanescente" e priva di chiari contorni e riferimenti la costruzione della fattispecie di responsabilità". Sul punto è opportuno ricordare:

A) La violazione delle norme precettive della Costituzione, come quelle contenute nell'art. 97, può comportare direttamente la delineazione di fattispecie di responsabilità concrete e non evanescenti, come risulta anche dalla consolidata giurisprudenza della Cassazione, ad esempio in tema di diritto alla salute e, più in generale, in materia di diritti inviolabili inerenti alla persona (fra le tante v. sent. Cassazione n. 8827/2003 e 8828/2003).

B) Le norme comunitarie vanno comunque applicate, anche in presenza di difformi norme interne. Infatti, come ricordato nella giurisprudenza della Corte di giustizia, i giudici nazionali e gli organi dell'amministrazione hanno l'obbligo di

applicare integralmente il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che quest'ultimo attribuisce ai singoli, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (sentenze 22.3.1989 C-103/88, 11.1.2007 C-208/05, 5.3.96 C-46/93). D'altra parte, anche il codice del processo amm.vo (d.l.vo n. 104/2010, entrato in vigore il 16.9.2010), all'art. 1): "Effettività", statuisce che "la giurisdizione amm.va assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo".

4)La Sezione sarda, nella sentenza in esame, ha altresì rilevato che "non possono ritenersi provati l'asserito accordo illecito e la violazione delle norme di evidenza pubblica, che invece va ravvisata in altri comportamenti, allo stato non perseguiti dalla Procura agente. Difatti, appare elemento non in contestazione che la progettazione sia stata svolta dalla ditta risultata poi aggiudicataria dell'appalto. In merito, deve essere ricordato che l'art. 90, comma 8, codice dei contratti, già articolo 17, comma 9 della legge n. 109/1994, come modificato dall'art. 6 della legge del 18 novembre 1998, n. 415 prevede espressamente che *gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici ...* Tale disposizione, espressione del principio generale di trasparenza ed imparzialità e la cui applicazione è necessaria per garantire parità di trattamento, avendo, per suo indefettibile presupposto, il fatto che i concorrenti ad una procedura di evidenza pubblica debbano rivestire la medesima posizione, ha chiaramente natura imperativa ... In conclusione, poiché la contestazione attrice, pur condivisibile in linea puramente teorica per l'aspetto relativo alle conseguenze che derivano dalla nullità del contratto per violazione delle procedure di evidenza pubblica non appare supportata da un fondato quadro probatorio in ordine agli aspetti elusivi della normativa di riferimento individuati nell'atto di citazione, va pronunciata assoluzione di tutti i convenuti per la partita di danno ...".

Al riguardo, del tutto irrituale risulta la statuizione secondo cui "la violazione delle norme di evidenza pubblica va ravvisata in altri comportamenti, allo stato non perseguiti dalla Procura agente" riguardanti la progettazione dell'opera, per i seguenti motivi:

- A)La Sezione non poteva pronunziarsi su fatti non contestati dalla Procura.
- B)Meno che mai poteva dichiarare la violazione di norme da parte dei convenuti che ovviamente non avevano potuto svolgere alcuna difesa sul punto.
- C)La statuizione, pur radicalmente nulla, rappresenta comunque una qualificata notizia di danno che comporta la necessità per la Procura di attivarsi nei confronti dei presunti responsabili, in relazione al principio dell'obbligatorietà dell'azione contabile.
- D)La Sezione, nella composizione del collegio che ha deciso, non potrà pronunziarsi in merito, avendo anticipato il proprio giudizio.

Roma 25 novembre 2011

Antonio VETRO

(Presidente on. Corte dei conti)

---