

Il danno erariale conseguente alla violazione delle norme comunitarie ed interne di evidenza pubblica. I contrasti giurisprudenziali della Corte dei conti sul c.d. "danno alla concorrenza".

di Antonio Vetro
Presidente on. della Corte dei conti

La Corte costituzionale, con sentenza n. 401/2007, ha precisato che " la tutela della concorrenza si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (articoli 3, paragrafo 1, lettere c e g; 4, paragrafo. 1; da 23 a 31; da 39 a 60 del Trattato che istituisce la Comunità europea, del 25 marzo 1957). Si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. Sul piano interno, l'osservanza di tali principi costituisce, tra l'altro, attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. Va, inoltre, precisato che l'osservanza delle prescrizioni comunitarie ed interne di evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri: la selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione".

La Cassazione, con sentenza n. 11031/2008, ha statuito che "nel contratto di appalto pubblico l'omissione della gara prescritta dalla legge per l'individuazione del contraente privato - omissione cui deve equipararsi l'espletamento meramente apparente delle formalità previste dalla legge - comporta la nullità del contratto per contrasto con norme imperative, da individuarsi nel complesso della disciplina, nella specie individuata dalla l. n. 584 del 1977, l. n. 741 del 1981 e l. n. 14 del 1973".

Con sentenza n. 3672/2010 la Cassazione ha "ribadito che l'elusione delle garanzie di sistema a presidio dell'interesse pubblico prescritte dalla legge per l'individuazione del contraente privato più affidabile e più tecnicamente organizzato per l'espletamento dei lavori, comporta la nullità del contratto per contrasto con le relative norme inderogabili (L. n. 14 del 1973, L. n. 584 del 1977, L. n. 741 del 1981, L. n. 687 del 1984). Se poi la violazione di dette norme è stata altresì preordinata alla conclusione di un contratto le cui reciproche prestazioni sono illecite e la cui condotta è assolutamente vietata alle parti e penalmente sanzionata nell'interesse pubblico generale - che nel reato di corruzione è il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione - la nullità per contrasto con norme imperative sussiste anche sotto tale ulteriore profilo, e deve esser dichiarata onde impedire che dalla commissione del reato derivino ulteriori conseguenze. Pertanto non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto la causa può decidersi nel merito, dichiarandosi nullo il contratto di appalto in esame e conseguentemente non dovuti, dagli enti, i compensi".

La Sezione Lombardia della Corte dei conti, in conformità ai principi

contenuti nella sentenza della Cassazione n. 11031/2008 e confermati nella successiva sentenza n. 3672/2010, con sentenza n. 598/2009, in adesione alla richiesta della Procura regionale, ha individuato una fattispecie di danno erariale nella violazione delle regole di evidenza pubblica in sede di aggiudicazione e di rinnovo di un contratto di appalto, per "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". In particolare, con riferimento al ricorso alla trattativa privata in assenza dei relativi presupposti, la Sezione ha rilevato che "il *vulnus* alla concorrenza e al correlativo interesse pubblico alla più ampia partecipazione possibile alla distribuzione delle risorse pubbliche, richiamato dal giudice penale, si fonda sui limiti alla trattativa privata individuati dalla giurisprudenza amministrativa, (Cons. St., sez. V, n. 6392/2002) ». Sulla sussistenza del danno ha osservato che « la violazione delle regole della concorrenza comporta la lesione dei criteri di buon andamento e imparzialità amministrativa (art. 1, l. n. 241/1990 e 97 Cost.), con riflessi sul piano della responsabilità amministrativo contabile (cfr. *ex multis*, C. conti, sez. Lombardia, 14 luglio 2006, n. 447). Infatti, il cd. *modello contrattuale conforme alle normali regole di contabilità pubblica* si traduce in un vero e proprio obbligo di servizio, il cui *vulnus* dà luogo al c.d. danno alla concorrenza". Riguardo alla quantificazione del danno, ha 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".

La sentenza citata, appellata dai convenuti con l'esito che verrà in seguito descritto, risulta in linea con la giurisprudenza consolidata della Sezione Lombardia, espressa in numerose sentenze (quindici: n. 477/2006; 448/2007; 135,288, 979, 980/2008; 70, 428, 476, 767, 808, 809, 810, 811/2009; 109/2011).

Sulla stessa linea della Sezione Lombardia si sono determinate le seguenti Sezioni:

Sezione Piemonte, sentenza n. 35/2011 (idem n. 221/2009, 96/2010, 11 e 44/2011): "Il c.d. danno alla concorrenza discende dalla sistematica percezione da parte del convenuto di somme di denaro per alterare il gioco della libera concorrenza, turbando le gare di appalto in modo tale da assicurare l'aggiudicazione alle imprese segnalategli dagli imprenditori. Il convenuto ha

quindi dolosamente causato un *vulnus* al bene rappresentato dall'imparzialità dell'amministrazione, protetto dall'art. 97 della Costituzione, nonché ad altri valori, come la tutela della libera concorrenza tra gli imprenditori privati. Secondo il più recente orientamento giurisprudenziale, nell'ipotesi di violazione delle regole della concorrenza per contrarietà a norme imperative costituite dalle regole di diritto pubblico (nonché dalle norme penali) che governano le procedure di affidamento, al privato contraente spetta soltanto l'arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., in luogo del corrispettivo contrattuale e vanno conseguentemente qualificati dannosi i pagamenti eccedenti. La misura di tale eccedenza si ritiene vada calcolata con riferimento all'utile di impresa, che negli appalti di lavori è valutabile, in via equitativa ex art. 1226 del codice civile, nel 10% dell'aggiudicazione".

Sezione Abruzzo, sent. n. 23/2011: "La violazione delle regole della concorrenza e della trasparenza, lesiva dei principi costituzionalmente tutelati dagli artt. 41 e 97 e dalla legge n. 241 del 1990, realizza un *vulnus* all'obbligo di servizio del dirigente preposto, e cioè il c.d. "danno alla concorrenza". In relazione ai valori dell'economicità, dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività, non è più consentito <<omettere un minimo di confronto concorrenziale per qualsiasi procedura contrattuale ad oggetto pubblico>>, come giustamente puntualizzato dalla Sezione Giurisdizionale della Lombardia con la sent. n°447/2006. << I basilari principi in materia di concorrenza e libera prestazione dei servizi, di cui agli artt. 81 e ss. e 49 e ss. del Trattato CE, si impongono al rispetto degli Stati membri, indipendentemente dall'ammontare delle commesse pubbliche>>, come giustamente evidenziato nella precitata sentenza della Sez. Lombardia, e come indica l'art. 2 del d.l.vo n°163/2006 che, in attuazione della direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, annovera tra i principi fondamentali dei contratti pubblici anche il <<principio concorrenza>>. ... La giurisprudenza ha dato rilievo a detta *species* di danno seguendo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea per la violazione degli artt. 49 e ss., 81 e ss. del Trattato UE, della Cassazione (sent. n. 11031/2008) e amministrativa (C.d.S. sez. V n. 3806/2008; sez. IV n. 5012/2004; sez. V 3472/2004; T.A.R. Campania-Napoli Sez. I n. 2545/2006). Inoltre, la Sezione I di Appello di questa Corte, nel riformare la precedente sentenza di I grado sulla vicenda che ne occupa, ha testualmente affermato che "E' di tutta evidenza che l'asserita violazione della concorrenza provoca maggiori oneri per l'Amministrazione, in quanto, ad esempio (come in fattispecie) determina ribassi di gara inferiori a quelli conseguibili" (cfr. pag. 10 sent. n. 440/10). L'importo da risarcire può essere calcolato in via esclusivamente equitativa, tenendo conto del risarcimento del danno per equivalente all'impresa ricorrente vittoriosa, a cui viene in genere riconosciuto un importo variabile tra il 5% e il 10% del valore del contratto originario".

Di diverso avviso: Sezione Umbria, sent. n. 122/2009, secondo cui "il danno alla concorrenza" può ritenersi realizzato ove la (ritenuta) violazione di norme che obblighino a selezionare il contraente tra più possibili fornitori del medesimo servizio abbia determinato un pregiudizio patrimoniale costituito dalla differenza tra la spesa effettivamente sostenuta dall'Amministrazione e quella (minore) che, invece, avrebbe potuto ottenere assolvendo l'obbligo della procedura concorsuale" e Sezione Puglia, sent. n. 768/2007, secondo cui "il

danno viene individuato come pregiudizio finanziario patito dall'ente pubblico a causa dell'illegittimo ricorso alla trattativa privata per l'affidamento del servizio di che trattasi in mancanza di regolare confronto concorrenziale. Il Collegio, non può che ribadire che 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 non essendovi certezza che l'amministrazione in caso di svolgimento di una regolare procedura di gara avrebbe spuntato un prezzo più basso" (sent. n. 885/2006).

La Sez. II giur.le centrale, con sentenza n. 198/2011, sull'appello avverso la sentenza della Sezione Lombardia n. 598/2009, nel prosciogliere i convenuti, ha statuito: "Osserva il Collegio che il danno alla concorrenza, non diversamente da qualunque altra tipologia di danno patrimoniale, non può ritenersi sussistente *"in re ipsa"* per il solo fatto, cioè, che sia stato illegittimamente pretermesso il confronto tra più offerte. Deve dirsi, piuttosto, che l'omissione della gara costituisce 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 e soltanto di un sospetto, occorre dimostrare che effettivamente nel caso concreto la violazione delle norme sulla scelta del contraente abbia determinato una maggiore spendita di denaro pubblico ... solo in ipotesi di dimostrata esistenza del danno potrà farsi ricorso alla liquidazione con valutazione equitativa, che è prevista dall'art. 1226 c.c. proprio per sopperire alla impossibilità o, comunque, alla particolare difficoltà di quantificare un danno di cui sia, però, certa l'esistenza. Non appare appropriato trasporre nel giudizio di responsabilità i criteri elaborati dalla giustizia amministrativa per la quantificazione del danno subito dall'impresa illegittimamente esclusa da una gara. ... 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".

Così delineati, sia pure in termini riassuntivi, gli aspetti principali di un contrasto giurisprudenziale che investe una problematica di rilevante interesse, occorre esprimere un giudizio sulla soluzione preferibile, tenendo anche conto delle conseguenze derivanti dall'accoglimento dei criteri propugnati dalle contrapposte tesi.

Come si è visto, la suprema Corte di Cassazione, con sentenza n. 11031/08, 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 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".

La sentenza della Sezione Lombardia n. 598/2009 ha fatto puntuale applicazione di 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”.

La Sezione II centrale, nella sentenza n. 198/2011, sull’appello avverso la predetta sentenza della Sezione territoriale, ha completamente omesso l’esame di tale punto fondamentale, espresso a conclusione della parte in diritto, limitandosi ad una valutazione parziale della motivazione, limitatamente alla parte nella quale si osserva preliminarmente, nel secondo capoverso, la *“ricaduta, sul contratto, dell’acquisizione di beni e servizi in mancanza della valutazione concorsuale di un adeguato numero di potenziali contraenti, in termini di maggiori costi della fornitura o di conseguimento di prestazioni qualitativamente inferiori a quelle di mercato”*.

In altri termini in sede di appello si è ritenuto, erroneamente, in punto di fatto, 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”*.

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.

Da quanto detto, in linea con l’insegnamento della suprema Corte, possono trarsi le seguenti conclusioni:

- 1) Le norme di evidenza pubblica sulla concorrenza sono imperative.
- 2) La loro violazione comporta la nullità del contratto.
- 3) Dalla nullità del contratto discende la non debenza, da parte della P.A., di compensi a favore del privato contraente, se non nei limiti dell’arricchimento senza causa.

4) L’esborso di somme eccedenti tali limiti costituisce danno erariale.

5) Il pubblico funzionario che per dolo o colpa grave autorizza una gara in violazione delle norme imperative sulla tutela della concorrenza, con conseguente declaratoria di nullità del contratto, è responsabile del danno erariale conseguente all’indebito pagamento al privato contraente di somme eccedenti l’arricchimento senza causa.

6) Gli elementi probatori che il P.M. deve fornire consistono, in

particolare: a) sotto il profilo soggettivo, nella dimostrazione del dolo o della colpa grave del pubblico funzionario per la violazione delle norme imperative; b) sotto il profilo oggettivo, nella dimostrazione del danno erariale. Riguardo allo "an debeat", sorregge tale dimostrazione la presunzione "juris tantum", sulla base dello "id quod plerumque accidit", che il prezzo concordato e corrisposto non si limita alla quota non eccedente l'arricchimento senza causa bensì comprende anche "l'utile d'impresa", fatto, questo, di "ragionevole probabilità" che autorizza il ricorso alla presunzione, secondo l'insegnamento della Cassazione, (sent. n. 934/86). Ovviamente il convenuto può addurre prove contrarie dimostrando che il lavoro o la fornitura sono stati forniti a prezzo di costo, senza utili.

7) Riguardo al quantum il giudice, se non condivide il criterio adottato dalla parte pubblica per la quantificazione del danno, nella specie una somma pari all'utile d'impresa calcolato secondo una percentuale predeterminata del prezzo di aggiudicazione, non può in nessun caso trarre la conseguenza che il danno, sorretto riguardo allo "an" da una solidissima presunzione, salvo dimostrazione del contrario, non risulta provato, potendosi avvalere di tutti i mezzi istruttori ritenuti necessari a tal fine, avvalendosi dell'ampio "potere sindacatorio", previsto dall'art. 73 del t.u. n. 1214/34 e dagli artt. 14, 15 e 47 del r.d. n. 1038/33, in base al quale la Corte può disporre assunzione di testimoni, produzione di atti, accertamenti diretti a cura del P.M., ammettere altri mezzi istruttori ed ordinare l'intervento in giudizio di soggetti non chiamati in causa, d'ufficio o su richiesta delle parti.

Sul punto, a conferma dell'esattezza della tesi esposta, si richiama la sentenza n. 3794/2008, con la quale la Cassazione ha precisato che l'attore, il quale abbia proposto una domanda di condanna al risarcimento del danno, ha l'onere di fornire la prova certa e concreta del danno stesso, così da consentirne la liquidazione, oltre che la prova del nesso causale tra il danno ed i comportamenti addebitati alla controparte; può, invero, farsi ricorso alla liquidazione in via equitativa, allorché sussistano i presupposti di cui all'art. 1226 cod. civ., solo a condizione che l'esistenza del danno sia comunque dimostrata. Ancora, con sentenza n. 8271/2004, la Cassazione ha precisato che il giudice del merito può desumere l'esistenza del danno in base agli elementi di fatto relativi alle circostanze del caso concreto, potendo procedere ad una autonoma valutazione equitativa del danno, rispetto alla quale non osta l'eventuale inidoneità e/o erroneità dei parametri risarcitori indicati dal danneggiato, dovendosi, per converso, ritenere contraria a diritto un'eventuale decisione negativa fondata sull'asserita inadeguatezza dei criteri indicati dall'attore, risolvendosi tale pronuncia nella negazione di quanto, invece, già definitivamente acclarato in termini di esistenza di una condotta generatrice di danno ingiusto e di conseguente legittimità di una richiesta risarcitoria relativa ad una "certa res lesiva".

I principi contenuti nella sentenza d'appello, che ha negato il diritto al risarcimento del danno di cui ha sofferto l'erario, secondo il giudice di I grado, in conseguenza della manifesta violazione delle norme imperative sulla tutela della concorrenza, con conseguente indebita corresponsione di compensi oltre i limiti dell'indebito arricchimento, se ulteriormente confermati, porteranno a conseguenze, che non si ha difficoltà a definire devastanti, soprattutto nei

numerosissimi casi in cui la condotta dei pubblici funzionari che hanno alterato il corretto svolgimento delle gare sia caratterizzata da attività criminosa.

Come si è visto, la Cassazione, con sentenza n. 3672/2010 ha stabilito che se la violazione di dette norme imperative "è stata altresì preordinata alla conclusione di un contratto le cui reciproche prestazioni sono illecite e la cui condotta è assolutamente vietata alle parti e penalmente sanzionata nell'interesse pubblico generale - che nel reato di corruzione è il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione - la nullità per contrasto con norme imperative sussiste anche sotto tale ulteriore profilo, e deve esser dichiarata onde impedire che dalla commissione del reato derivino ulteriori conseguenze", per cui "non sono dovuti, dagli enti, i compensi".

Basta citare, come esempio, l'ultima sentenza emessa in materia dalla Sezione Lombardia (n. 109/2011), nella quale è scritto: "Facendo applicazione nelle fattispecie oggetto del presente giudizio del principio di diritto enunciato nella giurisprudenza citata (sent. Cass. n. 11031/2008 e 3672/2010), non può non giungersi alla conclusione che tutti i contratti indicati nei capi di imputazione penale, che siano da ritenere il risultato di accordi corruttivi intervenuti tra i convenuti e le imprese, siano radicalmente nulli, con la conseguenza che la corresponsione da parte dell'ANAS del prezzo in essi stabilito costituisce indebito pagamento, salva naturalmente l'esigenza di tenere conto dell'utilità comunque conseguita dall'amministrazione per effetto dell'esecuzione dei lavori medesimi. ... Quanto alla misura di tale danno, questa Sezione ha già indicato come percentuale equitativamente utilizzabile quella del 10%, trattandosi nella fattispecie di appalti di lavori. Tale percentuale si ricava dalla disposizione dell'art. 345 della legge n. 2248/1865, all. F (v. ora art. 134 del d. l.vo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).".

Orbene, anche in questo caso i responsabili dell'attività criminosa di alterazione delle prescritte condizioni di gara andranno esenti da responsabilità amministrativa per il danno erariale in questione, per presunta carenza di prova, accogliendosi il principio enunciato dalla Sezione d'appello secondo cui "l'omissione della gara costituisce un indizio di danno. Trattandosi, però, pur sempre e soltanto di un sospetto, occorre dimostrare che effettivamente nel caso concreto la violazione delle norme sulla scelta del contraente abbia determinato una maggiore spesa di denaro pubblico".

Una riflessione conclusiva: la Corte dei conti è sovente accusata, anche ingiustamente, di non saper ottenere risultati concreti ed incisivi, a fronte di una intensa attività nei settori giurisdizionali e del controllo.

La giurisprudenza consolidata della Sezione giurisdizionale per la Lombardia, seguita da altre due Sezioni territoriali, in materia di danno per violazione delle norme sulla concorrenza, in piena aderenza con la giurisprudenza della Cassazione, potrebbe portare a rilevanti e concreti risultati di dissuasione dell'attività illecita dei pubblici funzionari nella gestione delle gare pubbliche, se venisse confermato in appello l'indirizzo adottato in primo grado, con condanne risarcitorie esemplari, tanto più necessarie in un momento nel quale si avverte il rischio reale di infiltrazioni criminali sempre più massicce nella pubblica amministrazione.