

Corte dei conti – Sezione giurisdizionale regionale dell’Umbria

Abstract:

1) Nel contratto autonomo di garanzia, che assiste le obbligazioni assunte dal privato nei confronti della P.A., è preclusa al garante l’opponibilità delle eccezioni spettanti al debitore principale verso il creditore garantito.

2) La colpa grave del funzionario che vigila sulla corretta esecuzione del contratto stipulato dall’Ente di appartenenza va valutata tenendo conto delle relazioni complessive del contratto stesso e non solamente di quelle favorevoli al suddetto Ente.

Sentenza n. 59 – 29 agosto 2016: Pres. Canale – Est. Longavita – P.M. Principato – Pr. c/L. (avv. Marco Mariani).

Svolgimento del processo

1) – Con citazione depositata il 25/2/2016, la Procura presso questa Sezione ha convenuto in giudizio il sig. P. L., quale Dirigente dell’Area Cultura Turismo e Sport del Comune di Foligno, per ivi sentirlo condannare al pagamento della somma di € 50.000 a favore del predetto Comune, oltre rivalutazione, interessi e spese di giudizio (queste ultime a favore dello Stato), corrispondente al danno subito dal Comune stesso per la mancata attivazione – da parte del convenuto – della polizza fideiussoria, stipulata dal concessionario degli impianti sportivi comunali, per inadempimenti del relativo contratto.

1.1) – Dall’atto introduttivo della causa risulta che:

a) con determinazione dirigenziale n. 840 dell’11/7/2001, il Comune di Foligno aveva aggiudicato la concessione della gestione degli impianti sportivi (“*Polo sportivo*” in loc. S.Pietro) ad un’ATI, poi costituita in *Consorzio TMC*, composta da varie imprese, tra le quali la mandataria *TMC - sas*;

b) in data 14/9/2001 è stato stipulato il contratto relativo a tale concessione e tra gli obblighi a carico del concessionario (art. 5 del capitolato generale ed art. 4 del contratto) era stata prevista anche la realizzazione degli “interventi di cui alla priorità 1 e 2 dell’allegato sub-E, entro un anno dalla decorrenza della concessione”; relativamente al Palazzetto dello Sport, in particolare, era stata prevista “la realizzazione del sistema di trattamento dell’aria per il ricambio ed il rinnovo” (v. pag. 4);

c) il contratto del 14/9/2001 è stato modificato con atto del 5/10/2007 e, per quel che qui rileva, “l’art. 4 venne sostituito, nel senso di prevedere in capo al concessionario l’obbligo di realizzare [...] l’intervento [...] sul sistema di ricambio e rinnovo dell’aria alle stesse condizioni di cui alla proposta presentata in sede di gara, [...] entro il 30/9/2007” (v. pag. 5);

d) “la situazione [è rimasta] tuttavia immutata”, fino alla nota del 16/3/2009, con la quale il Consorzio *TMC* ha scritto all’odierno convenuto, comunicandogli che “l’impianto in parola, installato da tempo, [era] rispondente alle caratteristiche tecniche di cui alla proposta presentata in sede di gara e [...] perfettamente funzionante” (v. pag. 6);

e) con nota del 23/4/2009 il sig. Lai ha interessato il dirigente dell’Area

Lavori pubblici per le necessarie verifiche;

f) previo sopralluogo del 30/6/2009, con nota del 2/7/2009 il predetto dirigente ha fatto presente che "l'impianto in questione non [aveva] subito alcuna variazione rispetto a quello esistente al momento dell'affidamento della gestione e pertanto non [erano] stati eseguiti i lavori di miglioria proposti" (v. pagg. 6-7);

g) con nota del 7/12/2009, pertanto, il Dirigente dell'Area Lavori Pubblici ha rinnovato al concessionario "l'invito a provvedere", ma con nota dell'11/1/2010, il *Consorzio TMC* ha confermato l'avvenuta esecuzione dei lavori ed ha allegato una relazione peritale in proposito, dell'8/4/2009 (v. pag. 7 della citazione in giudizio);

h) nel marzo del 2010, "a seguito di una modifica della composizione del Consorzio concessionario", su impulso dell'odierno convenuto, il Direttore generale del Comune ha chiesto, "ai vari dirigenti interessati, di relazionare sulle problematiche non risolte", relative al rapporto con il più volte menzionato Consorzio (v. pag.7);

i) con relazione del 6/4/2010, l'Area Lavori Pubblici ha confermato la mancata esecuzione dell'intervento sull'impianto di areazione, stimandone il valore in € 45.000, oltre IVA (v. pagg. 8);

l) nella relazione conclusiva del 23/8/2010 il Direttore generale ha proposto la decadenza dalla concessione, tenuto anche conto dell'inadempimento relativo al più volte menzionato impianto;

m) in realtà, la decadenza dalla concessione è stata successivamente dichiarata con determinazione dirigenziale n. 1757 del 14/12/2010, ma per la modifica soggettiva della compagine del Consorzio e non per il ricordato inadempimento (v. pagg. 8-9);

n) frattanto, il Consorzio concessionario aveva formalmente interrotto la gestione degli impianti e con atto di citazione del 10/11/2010 aveva convenuto in giudizio il Comune, chiedendo la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni, per varie inadempienze contrattuali (v. pagg. 8-9);

o) in via riconvenzionale, il Comune ha chiesto la condanna del Consorzio al risarcimento dei danni, connessi ai suoi inadempimenti, tra i quali anche quello concernente la mancata realizzazione dell'intervento sull'impianto di areazione, per € 50.000 (v. pag. 9);

p) dichiarato fallito il Consorzio, il cennato giudizio si è estinto (ex art. 301 e 305 cpc), per tardiva riassunzione, nella sostituzione del procuratore deceduto, dal parte della curatela;

q) sulla scorta di tali risultanze, la Procura Regionale ha ritenuto di addebitare al convenuto il danno, costituito dalla mancata esecuzione dei più volte menzionati lavori sull'impianto di areazione, per l'indicato ammontare di € 50.000, per non essersi avvalso della polizza fideiussoria della *UNIPOL*, posta "a garanzia dell'esatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali" (v. pagg. 2 e 9).

1.2) – In diritto, l'atto introduttivo della causa ha evidenziato le caratteristiche della predetta polizza, sottolineando che era stata rilasciata senza il beneficio della preventiva escussione (ex art. 1944) e costituiva, perciò, un rapporto autonomo di garanzia (c.d. "a prima richiesta e senza facoltà di opporre eccezioni"), così che sarebbe stato sufficiente attivare la

polizza prima che si fosse risolto "il rapporto tra assicurato e contraente", per ottenere l'equivalente dei lavori non eseguiti sull'impianto di areazione.

Secondo parte attrice, l'attivazione della polizza "prima che il concessionario fosse dichiarato decaduto [...] costituiva un preciso dovere di servizio" del convenuto (v. pagg. 10-11).

La mancata attivazione della polizza, secondo parte attrice, ha comportato che "man mano che si avvicinava l'epilogo ormai segnato e doveroso, non avendo l'Ente discrezionalità nel prendere atto delle modificazioni soggettive intervenute nella composizione del concessionario, si riduceva la giuridica possibilità di attivare l'obbligazione autonoma del fideiussore [ed in parallelo] aumentavano le difficoltà dell'accertamento e soprattutto [dell'] escussione del credito nei confronti dell'obbligato principale"; di qui, secondo la Procura Regionale, la colpa grave del convenuto (v. pagg. 12-13).

1.3) – Nell'atto introduttivo della causa, parte attrice ha anche confutato le controdeduzioni all'invito a dedurre, sottolineando come in esse non vengono contestate né la competenza del convenuto ad attivare la polizza, né "il dato storico della mancata realizzazione di qualsivoglia intervento sull'impianto di areazione".

2) – Costitutosi nell'interesse del sig. Lai con memoria depositata il 15/6/2016, l'avv. Marco Mariani ha avverso la pretesa attrice, eccependo la:

a) "natura controversa del diritto di credito vantato dal Comune di Foligno nei confronti del *Consorzio TMC*", che non avrebbe consentito di escutere la polizza assicurativa *UNIPOL* (v. pagg. 14-20); e ciò, pur non sottovalutando la particolare natura della polizza stessa, la quale – secondo la difesa – dà comunque luogo ad una "garanzia indennitaria *solve et repete*" e rimane soggetta al principio generale della correttezza e del carattere non abusivo della escussione, così che costituisce "onere/dovere del garante rifiutare il pagamento, [in ipotesi di attivazioni abusive della polizza], pena l'impossibilità di agire in rivalsa" (v. pagg. 20-22);

b) "mancanza dell'elemento soggettivo della colpa grave", tenuto conto:

b1) della diligenza con cui il dott. Lai ha gestito i molteplici e variegati rapporti con il Consorzio, rendendosi anche promotore di una soluzione coordinata tra i vari dirigenti, "supervisionata dal Direttore Generale";

b2) del fatto che, "in quella sede e con quelle competenze non emerse in alcuna misura nelle determinazioni conclusive la necessità e/o l'opportunità di escutere la polizza fideiussoria" (v. pagg. 23-27).

3) – All'odierna pubblica udienza, il P.M. ed il difensore del convenuto hanno illustrato le loro tesi, concludendo in conformità.

Motivi della Decisione

4) – La pretesa attrice è infondata.

5) – Come riferito in narrativa, la difesa del convenuto ha negato la responsabilità del proprio assistito sotto i profili della carenza:

a) dell'elemento oggettivo, stante la "natura controversa del diritto di credito vantato dal Comune di Foligno nei confronti del *Consorzio TMC*" (v. pagg. 14 e ss dell'atto introduttivo della causa);

b) dell'elemento soggettivo, tenuto conto della particolare diligenza

con la quale il convenuto medesimo ha gestito i molteplici e variegati rapporti con il suddetto Consorzio (v. pagg. 23 e ss. della citazione in giudizio).

6) – L'eccezione della predetta difesa, sotto l'indicato profilo oggettivo, va disattesa.

6.1) – Al riguardo, giova considerare come tutti gli obblighi negoziali che il *Consorzio TMC* aveva assunto nei confronti del Comune di Foligno con il contratto del 5/10/2001 (integrato dall'atto aggiuntivo del 5/10/2007), tra i quali anche quello della "realizzazione del sistema di trattamento dell'aria per il ricambio ed il rinnovo" nel palazzetto dello Sport del predetto Comune, fossero assistiti dalla polizza fideiussoria n. 2126/96/31600513 (e successiva "appendice" del 2007), rilasciata dalla *UNIPOL Assicurazione* senza il beneficio della preventiva escussione, ex art. 1944 cc.

6.2) – Simili forme di garanzie, espressione del principio generale della "libera autonomia contrattuale delle parti" (ex art. 1322 cc), danno luogo a forme atipiche di fideiussioni, c.d. "a prima richiesta e senza facoltà di opporre eccezioni", in forza delle quali "il garante si obbliga ad eseguire la prestazione – oggetto della garanzia – in seguito alla semplice dichiarazione del creditore-beneficiario circa il verificarsi dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento dell'obbligazione principale e senza alcuna possibilità di proporre eccezioni attinenti alla validità, all'efficacia ed alle vicende del rapporto base" (v. Cass. Sez. I n. 4006/1989).

Trattasi, in sostanza, di una forma di "contratto autonomo di garanzia", la cui caratteristica principale è "l'assenza dell'elemento dell'accessorietà" rispetto alla obbligazione garantita, dalla quale il predetto "contratto autonomo di garanzia" si astraie, così che "risulti preclusa al garante l'opponibilità delle eccezioni spettanti al debitore principale nei confronti del creditore garantito" (v. Cass. Sez. III sent. n. 5239/2004 e Id. sent. n. 11890/2008).

6.3) – Il limite ad una simile "astrazione" è costituita dall' "*exceptio doli generalis seu praesentis*", formulabile qualora la richiesta di pagamento sia "*prima facie* abusiva o fraudolenta" (v. Cass. Sez. V sent. n. 7320/2012).

Nel bilanciamento delle posizioni delle parti, pertanto, "il creditore che intende escutere una garanzia autonoma non ha l'onere di provare l'inadempimento del debitore, ed è, invece, onere del garante che intende sottrarsi al pagamento dimostrare, attraverso una prova <<*pronta e liquida*>>, la nullità del contratto garantito o l'illiceità della sua causa" (v. Cass. Sez. III n. 10652/2008).

Nel quadro dei principi affermati in proposito dalla giurisprudenza, è da evidenziare che "non possono essere addotte a fondamento della *exceptio doli* circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di eccezioni di merito, opponibili nel rapporto principale dal debitore garantito al creditore e beneficiario della garanzia" (v. Cass. Sez. V sent. n. 151216/2012 e Sez. I sent. n. 16213/2015).

6.4) – Nel tratteggiato contesto, dunque, è evidente che gravava sul convenuto il "dovere di attivare la polizza fideiussoria prima che il concessionario venisse dichiarato decaduto dalla gestione", come giustamente osservato da parte attrice (v. pag. 11 dell'atto introduttivo della causa), pur considerando i contorni non propriamente marcati e precisi dell'obbligo di esecuzione dei lavori sull'impianto di aereazione del Palazzetto dello Sport,

assunti dal Consorzio TMC nei confronti del Comune di Foligno, sui quali ha particolarmente insistito la difesa del convenuto (v. pagg. 14-19 della relativa memoria di costituzione in giudizio).

Trattasi, in realtà, di aspetti inidonei a limitare l'efficacia della garanzia fideiussoria costituita, nel caso di specie, con la *UNIPOL Assicurazione*.

6.5) – Né, per una diversa conclusione, potrebbe valere la considerazione che, anche nei contratti autonomi di garanzia, “il garante ha l'onere di preavvisare il debitore principale della richiesta di pagamento del creditore, ai sensi dell'art. 1952, c. 2, cc, all'evidente scopo di opporsi al pagamento” (v. Cass. Sez. III sent. n. 15108/2013).

Sebbene, nel caso di specie, una simile opposizione fosse – prevedibilmente – molto probabile, la stessa tuttavia restava –nella prefigurazione del dipendente pubblico che avrebbe dovuto escutere la polizza – comunque ipotetica e dall'esito assolutamente incerto.

Trattasi di aspetti che non escludono (né riducono), sul piano oggettivo, il nesso causale tra la mancata attivazione della polizza ed il contestato danno, né giustificano la relativa condotta omissiva.

Insomma, sul piano oggettivo, deve riconoscersi che, come correttamente evidenziato da parte attrice, il convenuto avrebbe comunque dovuto, “attivare la polizza fideiussoria, prima che il concessionario venisse dichiarato decaduto dalla gestione” degli impianti sportivi comunali (v. ancora pag. 11 dell'atto introduttivo della causa).

7) – Se, però, dal profilo oggettivo si passa a quello soggettivo della carenza della colpa grave, pure eccepita – come detto – dalla difesa del convenuto, allora la pretesa attorea si manifesta destituita di giuridico fondamento.

7.1) – Ragioni di opportunità, strettamente connesse ai fini concretamente perseguiti dal Comune di Foligno, sconsigliavano infatti di attivare la ripetuta polizza prima della declaratoria di decadenza dalla concessione.

7.2) – Come correttamente riferito in proposito dalla difesa del convenuto, infatti, nell'esecuzione del contratto per la gestione dei più volte menzionati impianti sportivi sono emerse varie criticità tra il *Consorzio TMC* ed il Comune di Foligno.

Il numero e la complessità delle problematiche esecutive del contratto in parola, invero, hanno indotto il dott. Lai a chiedere al Direttore Generale del Comune di Foligno (dott. Alfiero Moretti) un “tavolo di lavoro” tra le varie “Aree” del Comune medesimo, coordinato dallo stesso Direttore Generale (v. allegato 7 alla memoria di costituzione in giudizio).

Sulla scorta di tale iniziativa, il Direttore Generale del Comune ha redatto, “a conclusione [dell'] attività di coordinamento che si è protratta diversi mesi”, apposita relazione in data 21/8/2010 (v. nota n. 43533 in data 24/8/2010 del medesimo Direttore Generale, indirizzata al Sindaco e per conoscenza ai dirigenti delle diverse Aree del Comune, allegata alle controdeduzioni all'invito a dedurre).

In tale relazione, dopo aver dato atto anche dei “pareri espressi dal Servizio Avvocatura” dell'Ente (v. paragrafo 2.1) e del mancato “intervento di miglioramento al Palasport”, per i ricordati lavori al sistema di areazione (v.

paragrafo 3), si è:

a) concluso per la declaratoria di decadenza del *Consorzio MTC* dalla concessione della gestione degli impianti sportivi comunali, per la modifica soggettiva della compagine consortile (incompatibile con le ordinarie regole sulla concorrenza) e per la "mancata realizzazione del [suddetto intervento migliorativo] dell'impianto di ricambio e rinnovo dell'aria all'interno del Palazzetto dello Sport";

b) proposto di aggiungere alla cennata pronuncia di decadenza "un tentativo [di] accordo transattivo con la *TMC* che assicur[asse] la gestione [dei medesimi impianti] per il periodo necessario allo svolgimento delle procedure di gara per [il nuovo] affidamento del servizio, [...] per un tempo stimato di circa 6-8 mesi", ovvero – in alternativa – di giungere ad una "transazione, ai sensi dell'art. 239 del vigente codice dei Contratti, che perven[isse] alla gestione degli impianti sportivi centralizzati della *TMC*, nella nuova compagine sociale, fino al 31 maggio 2013" (v. paragrafo 10).

7.3) – A tale relazione ha fatto seguito un incontro, in data 14/9/2010, al quale hanno partecipato oltre al Sindaco, al Vicesindaco ed al Segretario Generale, anche il Direttore Generale, i Dirigenti delle varie Aree ed i rappresentanti del Servizio Avvocatura del Comune di Foligno.

Dal relativo verbale risulta che i vari organi presenti all'incontro hanno:

a) preso atto della "delicatezza della situazione" connessa alla predetta "decadenza" dalla concessione del *Consorzio TMC*, in ragione della particolare complessità della "gestione degli impianti [che] potrebbe [essere interrotta] a seguito delle azioni intraprese dal [...] concessionario":

b) "ritenuto indispensabile acquisire il parere legale di un esperto in diritto amministrativo ed in materia di contratti pubblici per approfondire le due specifiche problematiche relative alla pronuncia di decadenza ed alla richiesta di rimborso-risarcimento del *Consorzio TMC*"

7.4) – Individuato l' "esperto" (al quale rivolgersi) nello studio legale "*Clifford Chance*", l'appena menzionato consulente, con un primo parere in data 30/9/2010, ha concluso nel senso che:

a) il Comune era "tenuto a far constatare la nullità sopravvenuta del contratto di concessione", per la modifica soggettiva della compagine *sociale del Consorzio TMC*, "comunicando al *Consorzio* [stesso] l'immediata cessazione dell'efficacia del negozio a suo tempo stipulato";

b) era preferibile, "in una prospettiva di economia complessiva del rapporto controverso, evitare la richiesta di restituzione delle prestazioni eseguite dal Comune, onde evitare l'apertura di un fronte contenzioso, nel quale **difficilmente** l'Amministrazione locale [sarebbe potuta] risultare vittoriosa" (v. copia del riferito parere in atti, trasmesso dal convenuto a corredo della nota controdeduttiva all'invito a dedurre, con sottolineatura dello scrivente, n.d.r.).

7.5) – Con successivo, ulteriore parere del 25/10/2010, lo Studio legale "*Clifford Chance*" ha anche condiviso l'idea, già manifestata dall' Avvocatura del Comune di Foligno il 19 marzo 2010, di giungere ad una transazione, per assicurare la gestione "interinale" del servizio, con la "tacitazione di tutte le pretese vantate dal *Consorzio* [e] dall'Amministrazione comunale, in ragione del rapporto contrattuale ormai divenuto nullo" (v. pag. 5-6 della copia del

parere dello Studio "Clifford Chance" del 25/10/2010 in atti, allegato dal convenuto alla memoria controdeduttiva all'invito a dedurre).

7.6) – Orbene, nel delicato quadro di equilibri che si è venuto delineando tra il *Consorzio TMC ed il Comune di Perugia*, quale esso emerge dagli atti richiamati nei paragrafi precedenti, all'evidente fine di assicurare la migliore gestione degli impianti sportivi nel periodo occorrente per l'individuazione del nuovo concessionario, a seguito della declaratoria di decadenza del *Consorzio* stesso, è davvero impensabile che il convenuto si attivasse per far valere la più volte menzionata polizza fideiussoria, prima della declaratoria di decadenza del predetto *Consorzio* concessionario, come sostenuto da parte attrice.

E' evidente, infatti, che una simile iniziativa avrebbe facilmente peggiorato i già difficili rapporti tra il ridetto *Consorzio* ed il Comune di Foligno, tenuto anche conto delle rispettive rivendicazioni complessive (€ 3.000.000 per il *Consorzio* ed € 569.000, comprensivi dei 50.000 Euro dedotti nel presente giudizio, per il Comune) ed avrebbe perciò ostacolato ancora di più la realizzazione degli interessi pubblici perseguiti con la ricordata transazione, legati alla gestione interinale degli impianti sportivi, da parte del medesimo *Consorzio TMC*, dopo (e nonostante) la sua decadenza dalla concessione.

In sostanza, l'interesse del Comune ad avere la gestione degli impianti sportivi da parte del medesimo *Consorzio TMC* nel periodo occorrente per individuare un nuovo concessionario ha, ragionevolmente, scoraggiato ogni iniziativa volta all'attivazione della ripetuta polizza fideiussoria.

7.7) – Del resto, dopo l'estinzione (per tardiva riassunzione) del giudizio risarcitorio promosso dal *Consorzio TMC* nei confronti del Comune di Foligno, lo Studio *Clifford Chance*, con un ulteriore parere, ha suggerito al Comune medesimo di non attivare un proprio giudizio risarcitorio autonomo, tenuto anche conto della scarsa possibilità di soddisfazione dei propri crediti (chirografari) e soprattutto della "alta" probabilità di provocare una "riconvenzionale" del Comune stesso per "il riconoscimento dei 3 milioni di euro di cui alla originaria citazione", a fronte della pretesa dell'Ente (quantificata – come detto – in complessivi € 569.000, comprensiva dei 50 mila euro dedotti nel presente giudizio), lasciando intravedere anche il sostanziale squilibrio delle posizioni delle parti, a vantaggio del più volte nominato *Consorzio* (v. "Verbale seduta di Giunta" del 4/3/2014, sub allegato 30 alla memoria di costituzione in giudizio del convenuto).

8) – In conclusione, la mancata attivazione della polizza *UNIPOL* da parte del convenuto costituisce sicuramente un inadempimento dei propri doveri di servizio, sul piano oggettivo e decontestualizzato dai rapporti creati tra il Comune ed il *Consorzio TMC* in vista della decadenza dalla concessione del *Consorzio* stesso, ma è del tutto giustificata, sul piano soggettivo, in relazione agli interessi perseguiti dal Comune medesimo, in rapporto alla predetta decadenza.

9) – Per quanto finora esposto e considerato, dunque, il dott. Lai va assolto dalla domanda attrice per carenza di ogni forma di colpa, nella condotta omissiva addebitatagli.

10) – Al difensore del predetto vanno liquidate le spese legali (ex art. 3, comma 2-bis, della l. n. 639/1996 e s.m.i.), che il Collegio fissa in complessive € 1.750, oltre IVA e CAP, tenuto essenzialmente conto dell'ammontare della

controversia, nonché della materia trattata, del numero degli atti posti in essere e degli altri criteri indicati dagli artt. 4 e 11 del d.m. n°140/2012, applicabile in fattispecie, ai sensi degli artt. 41 e 42 del medesimo decreto.

10) – Dato l'esito del giudizio, non è luogo a pronuncia sulle spese di giustizia.

Visti gli artt. 82 del r.d. n.2440/1923, 52 del r.d. n. 1214/1934, 43 e ss. del r.d. n. 1038/1933, 18 del d.P.R. n. 3/1957, 1 della l. n. 20/1994 e s.m.i., 5 della l. n. 19/1994 e s.m.i. e 93 del d.lgs. n. 267/2000.

P. Q. M.

LA CORTE DEI CONTI

Sezione Giurisdizionale Regionale dell'Umbria

ASSOLVE

dalla domanda attrice il dott. P. L..