

REPUBBLICA ITALIANA 118/2021

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

CORTE DEI CONTI

SEZIONE PRIMA GIURISDIZIONALE CENTRALE D'APPELLO

composta dai Sigg.ri magistrati:

Agostino CHIAPPINIELLO Presidente

Enrico TORRI Consigliere

Fernanda FRAIOLI Consigliere relatore

Antonietta BUSSI Consigliere

Aurelio LAINO Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio d'appello in materia di responsabilità, iscritto al ... del
registro di Segreteria proposto dal Procuratore Regionale per il Trentino-Alto
Adige (Sede di Bolzano) della Corte dei conti

avverso

la sentenza n. 1/2020 depositata il 10 gennaio 2020 della Sezione
Giurisdizionale per la Regione Trentino-Alto Adige (Sede di Bolzano)
contro

... ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo
in Bolzano, Via della Mendola, n. 24 e domicilio digitale del medesimo.

Visto l'atto d'appello;

Visti gli atti introduttivi e tutti i documenti di causa.

Uditi nella pubblica udienza del 25 febbraio 2021 il relatore, Consigliere Fernanda FRAIOLI, il Pubblico Ministero nella persona del V.P.G. Paola BRIGUORI, nonché l'avv. Laura POLONIOLI per l'appellato.

FATTO

Con sentenza n. 1/2020 la Sezione Giurisdizionale per il Trentino-Alto Adige (Sede di Bolzano) ha assolto ... – nella sua qualità di Direttore dell'Azienda Servizi Municipalizzati di Merano (società *in house* interamente partecipata dal Comune), nonché di responsabile unico del procedimento – dall'addebito di aver causato un danno all'erario comunale di € 202.334,20, oltre accessori, in relazione agli affidamenti diretti, operati per il periodo 2013-2018, dei servizi di sfalcio del verde e di spazzamento strade in favore di due sole cooperative, segnatamente la ... e la

Più precisamente, era stato addebitato un pregiudizio alle finanze dell'Azienda e del Comune di Merano, determinato da una fattispecie di danno alla concorrenza, ovvero sia da una lesione da perdita di *chance*, quantificata da parte attrice, ai sensi dell'art. 1226 c.c. (“configurandosi altrimenti *“una probatio diabolica, non exigibile dall'attore pubblico”*”), sulla base della percentuale di ribasso, pari al 22,1%, indicata alla tabella 6 della Relazione per il 2012 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP), concernente l'affidamento di servizi nella fascia compresa tra € 40.000 e € 150.000 nel Nord-est della penisola.

Applicando la suddetta percentuale al costo totale sostenuto annualmente per entrambi i servizi (che non andrebbero quindi considerati come distinti tra loro), l'Organo requirente è appunto pervenuto all'importo qui azionato.

Il giudice di prime cure, in piena condivisione della giurisprudenza di questa Corte dei conti, peraltro menzionata da entrambe le parti in causa, ha reputato che l'ampiezza dell'area geografica presa a riferimento (l'intero Nord-est del Paese); la delimitazione annuale del periodo esaminato (il solo 2012) e la genericità degli affidamenti considerati (servizi, non meglio specificati, *“con importo base d'asta compreso tra 40.000 e 150.000 euro”*) – quindi non raffrontabili in termini di similarità a quelli in questione con il ricorso alla cennata tabella 6 della relazione AVCP (*“in assenza di un'attendibile indagine esplorativa centrata su un adeguatamente circoscritto ambito territoriale, su una più aderente contestualità temporale e su una quanto meno tendenziale analogia tipologica con le attività di cui si discute”*) – non possano costituire parametri sufficientemente congrui a fornire idonea dimostrazione (pur secondo il criterio valutativo del 'più probabile che non') della sussistenza del danno in parola.

Tanto toglierebbe, ad avviso del primo giudice, concretezza ed attualità al danno a tutto vantaggio di una sua prospettazione fondata sulla mera violazione delle regole della concorrenza, *“come se la stigmatizzata pretermissione delle medesime configurasse automaticamente un nocumento in re ipsa”*.

Ha proposto appello il Procuratore Regionale, il quale ha rilevato l'erroneità della sentenza circa la mancata dimostrazione della sussistenza del presupposto oggettivo della responsabilità contestata, nonché la violazione dell'art. 115 c.p.c., ritenendo che la stessa sia giunta a dichiarare la mancata prova dei fatti oggettivi posti a base della contestazione erariale, con motivazioni succinte e stringate, oltre che non condivisibili.

Reputa, altresì, di aver ampiamente assolto al proprio onere probatorio, sia con riferimento all'*an* sia al *quantum debeatur*, fornendo elementi e dati idonei a determinare in via equitativa ex art. 1226 c.c. il danno erariale in contestazione.

A tal fine si è soffermato:

a) sul rilevato artificioso frazionamento del servizio di spazzamento strade e di sfalcio del verde, affermando come emerga, con tutta evidenza, dalla documentazione acquisita e riversata negli atti di giudizio, che i due servizi, siano stati affidati nell'arco temporale considerato dall'atto di citazione (2013 – 2018), congiuntamente, ed a volte in forma separata, sempre e solo alle due cooperative ... e ..., evidentemente, per frazionare gli importi di affidamento sia in forma orizzontale (stesso servizio) che verticale (servizi diversi), bypassando del tutto la normativa vigente all'epoca dei fatti in ordine alla qualificazione dei servizi.

b) sulla violazione della legge n. 381/1991 con riguardo all'affidamento diretto di servizi a società cooperative di tipo B, circa la quale ha richiamato la delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 ANAC, nonché la sentenza del TAR Lazio n. 11093/2008 che, a proprio avviso, delimitano il quadro giuridico entro il quale è possibile procedere all'affidamento di servizi, forniture e lavori ad una cooperativa sociale di tipo B di cui il giudice di prime cure non avrebbe tenuto assolutamente conto.

Nel caso di specie, secondo parte attrice, non di convenzione si sarebbe trattato, ma di un ordinario contratto di appalto che veniva tacitamente rinnovato in aperta violazione della normativa all'epoca vigente.

c) sull'avvenuta prova dell'*an* e sulla violazione dell'art. 115 c.p.c. Riguardo, poi, all'entità del danno, pur ritenendo il Requirente congrua la stima del danno effettuata nell'atto di citazione, chiede in subordine la condanna del ... ad un danno pari ad € 40.283,74, riferito ad un ribasso medio del 4,4 % individuato da questi nella comparsa di risposta e ricalcolata con riferimento alla tabella che riporta nell'atto di appello.

Ritiene, conclusivamente, di aver fornito, al pari di parte convenuta, elementi probatori sul ribasso percentuale che si sarebbe verificato con la partecipazione competitiva di più imprese offerenti, e quindi la sussistenza del cd. danno alla concorrenza, differenziandosi dalle prospettazioni di controparte solo nelle percentuali di ribasso e su aspetti che riguardano il *quantum* o la liquidazione del danno erariale, non già l'*an debeatur*.

Ribadisce il danno da concorrenza come costituito dal maggior esborso effettuato dall'Azienda Municipalizzata, società *in house* del Comune di Merano, per l'ottenimento dei servizi di spazzamento di strade e sfalcio d'erba, per la violazione gravemente colposa e reiterata da parte del ..., come ampiamente dimostrato dagli atti di causa.

Si è costituito in giudizio il ..., il quale ha confutato puntualmente le tesi di parte attrice.

Dopo aver preliminarmente eccepito l'inammissibilità della nuova domanda svolta dalla Procura, con riferimento alla modifica del *quantum* richiesto, perché posta per la prima volta in appello, si è soffermato, nel merito, sulla mancata dimostrazione dell'*an* del danno, nonché sull'asserita violazione dell'art. 115 c.p.c.; sull'artificioso frazionamento del servizio di spazzamento strade e di sfalcio del verde; sulla pretesa violazione della legge n. 381/1991 con riguardo all'affidamento diretto di servizi a società cooperative di tipo B; sull'insussistenza della colpa grave e, infine, sulla misura del *quantum* risarcitorio.

All'odierna pubblica udienza le parti, dopo aver esposto brevemente le proprie posizioni, hanno concluso come in atti.

Al termine della discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

L'odierna fattispecie ha ad oggetto l'affidamento diretto dei servizi di sfalcio del verde e di spazzamento strade in favore di due sole cooperative da parte del Direttore di un'Azienda Servizi Municipalizzati (società *in house* interamente partecipata dal Comune), nonché responsabile unico del procedimento.

Il giudice di prime cure ha ritenuto non provata la sussistenza del presupposto oggettivo della contestata responsabilità non rivenendo, conseguentemente, il lamentato danno alla concorrenza.

L'appello del Procuratore regionale nel rilevare l'artificioso frazionamento del servizio in oggetto, onde rimanere sottosoglia, ha delimitato il quadro giuridico entro il quale è possibile procedere all'affidamento di servizi, forniture e lavori ad una cooperativa sociale di tipo B, ritenendo di aver dato prova dell'*an* ed, infine, di come il Collegio di prime cure abbia violato l'art. 115 c.p.c. che fissa il c.d. principio di acquisizione probatoria, non solo disattendendolo, bensì cadendo "*in contraddizione laddove afferma che i criteri richiamati dalla Procura siano da disattendere in quanto non sufficientemente parametrati alla locale realtà e non suffragati da una specifica indagine con riguardo alla sussistenza del danno erariale da concorrenza, qualificando invece i puntuali documenti prodotti da controparte come afferenti semplicemente al profilo della liquidazione del danno*".

L'appello non può essere accolto.

Al principale rilievo che il giudice di prime cure muove all'attrice per non aver dimostrato l'elemento psicologico della colpa grave a carico dell'odierno appellato, questa replica con la mancanza di rispetto, da parte del Dirigente del servizio, del perimetro normativo posto a disciplina degli affidamenti *de quibus*.

Tanto avrebbe determinato il danno alla concorrenza, per definire il quale fa appello alla giurisprudenza di questa Corte ed alle pronunce dell'AVCP che, peraltro, lo stesso giudice di prime cure dichiara di condividere anche se per motivazioni differenti, in particolare per l'affermazione che il danno alla concorrenza *non può ritenersi sussistente "in re ipsa", dovendosi provare, da parte dell'attore, che la deviazione dai parametri di una corretta azione amministrativa abbia comportato un effettivo danno patrimoniale all'Ente pubblico (ex multis, tra le recenti Sez. III n. 148 del 2018 e 228 del 2016; Sez. II n. 1081 del 2015), "provato attraverso la quantificazione della somma che l'Amministrazione avrebbe potuto risparmiare ove fosse stata regolarmente espletata la prevista procedura di gara" (App. Sicilia n. 147 del 2018).*

Il danno alla concorrenza, infatti – rimandando alle copiose pronunce in merito (*ex multis*: Sez. I, 20 settembre 2018, n. 352; Sez. II n. 10 luglio 2018, n. 348) – si configura, in estrema sintesi, quando il mancato ricorso alle regole dell'evidenza pubblica determina una lesione al patrimonio pubblico configurata *"quale percentuale di mancato ribasso, ingiustamente perduta, in misura percentuale, su ogni singolo (maggiore) pagamento che viene effettuato"*.

Ritiene, questo Collegio, di dover condividere quanto statuito dal giudice di prime cure in merito all'incapacità del ricorso alla tabella di cui alla Relazione dell'AVCP 2012 di costituire parametro idoneo a dimostrare la sussistenza del danno lamentato, proprio per i criteri posti come base di riferimento che peccano di genericità, limitazione temporale e, al contrario, ampiezza di riferimenti geografici.

In una parola, i servizi *"con importo a base d'asta compreso tra 40.000 e 150.000 euro"* non presentano un ragionevole margine di comparabilità con quelli in oggetto, così come l'ampiezza dell'intero territorio preso a riferimento, quale l'intero Nord-est e, ancor meno, la circoscrizione del periodo di tempo della Relazione al solo anno 2012.

È appena il caso di ricordare che il danno alla concorrenza – che, sicuramente scaturisce dall'omesso ricorso alle regole dell'evidenza pubblica, come la giurisprudenza di questa Corte ha più volte ribadito – va', comunque, dimostrato.

E che detta violazione di legge abbia determinato una maggiore spendita di denaro pubblico, potrà essere provato, sì, con ogni idoneo mezzo, ma pur sempre di comparazione con i prezzi o con i ribassi conseguiti ad esito di gara per lavori o servizi dello stesso genere di quello in contestazione.

In tal senso, la granitica giurisprudenza di questa Corte che sta a significare il bisogno di maggior aderenza possibile dei criteri presi a riferimento, per misurare la configurazione del danno erariale, alla concreta situazione all'esame.

Circostanza non rinvenuta in fattispecie per le considerazioni di cui avanti, il che lascia sussistere la configurazione di un danno alla concorrenza come in *re ipsa*, ovvero derivante dall'asserita mera violazione della normativa sull'evidenza pubblica.

La giurisprudenza – peraltro richiamata dallo stesso appellante – è *tranchant* in termini di obbligo di prova di deviazione dai parametri di una corretta azione amministrativa.

Ciò, quindi, presuppone una maggiore aderenza dei parametri presi in considerazione per lamentare il danno erariale, alle specifiche del caso, pena, proprio come in quello in oggetto, una mancata dimostrazione del pregiudizio alle casse pubbliche ed una riconduzione del danno alla sola violazione di legge *sic et simpliciter*.

Condivisibilmente con il giudice di prime cure, anche questo Collegio ritiene che non sia stata espletata “*un’attendibile indagine esplorativa centrata su un adeguatamente circoscritto ambito territoriale, su una più aderente contestualità temporale e su una quanto meno tendenziale analogia tipologica con le attività di cui si discute*”, innegabilmente a carico di parte attrice.

E qui si innesca anche l'altro motivo di appello del Procuratore, consistente nell'asserita violazione, da parte del giudice di prime cure, dell'art. 115 c.p.c. in tema di disponibilità delle prove, ai sensi del quale “*il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*” con ciò ritenendo che questi avrebbe dovuto decidere in base agli atti di causa a disposizione, quand'anche provenienti dal convenuto.

Ed il riferimento del Procuratore appellante è alle circostanze offerte da controparte allo scopo di dare dimostrazione della fallacità del parametro utilizzato da parte attrice, ovvero le “*percentuali di ribasso indicate in via subordinata dal resistente, trattandosi di argomentazioni afferenti al profilo della liquidazione del danno (ossia del quantum) nella denegata ipotesi di riconoscimento della sussistenza del medesimo*”.

Circostanze ritenute dal giudice di prime cure, non soltanto inidonee a sostenere un addebito di violazione delle regole sulla concorrenza, ma vieppiù a sopperire ad un'acclarata carenza di attività istruttoria che ha caratterizzato l'intervento della Procura attrice nel tentativo di configurare un'ipotesi di danno alla concorrenza.

In proposito, è appena il caso di rilevare che, seppur il c.d. principio dispositivo – secondo il quale le parti hanno un ampio potere di iniziativa nel raccogliere le prove relative ai fatti sui quali il giudice dovrà determinarsi – non delimita l'onere della prova solo a carico di colui che intende far valere un diritto, ben dovendosi utilizzare in giudizio tutti gli elementi probatori comunque acquisiti al processo, purtuttavia, questi devono contribuire, utilmente, alla formazione del convincimento del giudice.

E, in fattispecie, il giudice di prime cure, lungi dal disattendere il disposto dell'art. 115 c.p.c., ha semplicemente valutato – per l'appunto nel suo discrezionale apprezzamento di tutte le prove versate nel processo – che gli elementi forniti da controparte fossero

finalizzati ad altro, ovvero all'esatta determinazione del *quantum*, nella denegata ipotesi si fosse riconosciuta la sussistenza del lamentato danno alla concorrenza.

Circostanza questa incapace di supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova, secondo il quale chi vuole far valere un diritto nel processo deve dare prova dei fatti che ne pone a fondamento, siccome previsto dagli artt. 2697 e 2698 c.c. e che, nel giudizio contabile è a carico della parte pubblica che inizia l'azione.

Ha stabilito la Suprema Corte (Cass. civ. Sez. III n. 10607 del 30 aprile 2010) che *“l'esercizio del potere discrezionale del giudice di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dagli artt. 1226 e 2056 c.c., espressione del più generale potere di cui all'art. 115 c.p.c., dà luogo non già ad un giudizio di equità, ma ad un giudizio di diritto caratterizzato dalla cosiddetta equità giudiziale correttiva od integrativa, che, pertanto, presuppone che sia provata l'esistenza di danni risarcibili e che risulti obiettivamente impossibile o particolarmente difficile, per la parte interessata, provare il danno nel suo preciso ammontare; non è possibile, invece, in tal modo surrogare il mancato accertamento della prova della responsabilità del debitore o la mancata individuazione della prova del danno nella sua esistenza”*.

Da tanto emerge, allora, in tutta la sua chiarezza la distinzione tra onere probatorio – inequivocabilmente intestato a colui il quale agisce in giudizio – e principio dispositivo delle prove – che impone al giudice di porre a fondamento della propria decisione tutte quelle proposte da ognuna delle parti (c.d. *secundum alligata et probata partium*) che devono essere discrezionalmente valutate, onde formare il proprio giudizio in merito.

In questo senso deve correttamente intendersi, in piena condivisione, l'asserzione del giudice di prime cure laddove afferma che si verrebbe *“altrimenti a stravolgere il corretto equilibrio tra i rispettivi oneri incombenti sulle parti e pertanto ad inficiare gli stessi diritti della difesa”*.

Con specifico riferimento al caso di specie, invece, emerge dagli atti che parte attrice non soltanto non ha fornito la prova di quel *quantum* da rivendicare – secondo la giurisprudenza, quale danno alla concorrenza – ma ha apoditticamente ritenuto che la fattispecie in oggetto derivasse da un artificioso ed ingiustificato frazionamento degli appalti dei due servizi di spazzamento strade e sfalcio del verde per essere stati affidati nell'arco temporale considerato dall'atto di citazione (2013-2018), congiuntamente e a volte in forma separata, sempre e solo alle due cooperative ... e ..., derivandone una violazione all'art. 36 del codice degli appalti.

Un approfondimento in merito avrebbe fatto emergere un dato di non poco momento, rappresentato dalla circostanza che la ... è una cooperativa sociale impegnata nel settore dell'inserimento lavorativo di persone che, per problematicità di vario genere, hanno difficoltà ad inserirsi nell'ordinario mercato del lavoro e che, per ciò solo, si colloca appieno nella deroga ai generali principi di tutela della concorrenza, prevista dall'art. 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381.

Detto articolo, siccome sostituito dall'art. 20 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, all'art. 1 (a sua volta modificato dall'art. 1, co. 610, legge 23 dicembre 2014, n. 190), statuisce che *“gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1. Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza”*.

Tanto ritiene bastevole il Collegio per non condividere la violazione di legge, lamentata dall'odierno appellato, ancora oggi con l'atto di appello.

A seguire, l'approfondimento istruttorio avrebbe consentito anche di appurare che, oltre ad essere sottosoglia, il servizio svolto dall'altra cooperativa (la ...) prevedeva un servizio differente (sfalcio dell'erba) da quello svolto dalla ... (spazzamento) che già solo giustificava un diverso affidamento, valutato, invece, quale artificioso frazionamento.

La semplice lettura della convenzione stipulata con la Cooperativa ... del 19 maggio 2010 rende chiari gli interventi di competenza, differenziandoli, altresì, da quelli svolti dall'altra Cooperativa.

Accanto alla pulizia delle superfici imbrattate da ogni genere di scarto, allo svuotamento dei cestini porta rifiuti e dei posacenere, è chiaramente indicata la *“estirpazione di erbacce su marciapiedi e strade e da superfici cubettate”* che nulla ha a che vedere con lo sfalcio dell'erba, notoriamente indicante il taglio delle superfici erbose più o meno estese (simil aiuole, non necessariamente esclusa dal passaggio e/o coltivate con piante ornamentali), in aderenza alla parte cementata di marciapiedi e strade.

Tanto, allora, ad indicare che l'aver adito due differenti esecutori, con due altrettanto differenti importi, che determinerebbe, ad avviso dell'attrice, la collocazione al di sotto della soglia dei 40.000 euro è data, non già da un artificioso frazionamento a ciò colposamente diretto, bensì proprio dalla differente tipologia di intervento che per l'importo richiesto, ammette l'affidamento diretto, senza previsa consultazione di due o più operatori economici.

Tanto è esplicitamente previsto dall'art. 36 del codice di contratti pubblici, e continua ancora ad esserlo, anche a seguito della novella legislativa successiva ai fatti in oggetto (e, segnatamente, la legge 11 settembre 2020, n. 120 che all'art. 1, co. 5-bis ha modificato il co. 2, lett. a)), che prevede che *“le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro,*

mediante affidamento diretto (anche senza prevista consultazione di due o più operatori economici) o per i lavori in amministrazione diretta”.

Conclusivamente, per tutte le motivazioni avanti esposte, l'appello del Procuratore regionale non può essere accolto e, per l'effetto deve essere confermata la sentenza di prime cure.

Le spese legali si liquidano in favore di parte appellata nella misura di cui al dispositivo, mentre non si procede a liquidazione per quelle di giudizio per la posizione di parte solo formale dell'Ufficio di Procura.

P.Q.M.

la Corte dei conti – Prima Sezione Giurisdizionale Centrale di Appello, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza ed eccezione reiette, respinge l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza di prime cure.

Liquida le spese legali in favore di ... nella misura di € 2.000,00.

Nulla per le spese di giudizio.

Manda alla segreteria per gli adempimenti di competenza.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 25 febbraio 2021.

IL GIUDICE ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Fernanda Fraioli F.to Agostino Chiappiniello

Depositata in segreteria il 6 aprile 2021

IL DIRIGENTE

F.to Sebastiano Alvise Rota