Corte di Cassazione, Sezione U civile

Ordinanza 16 luglio 2014, n. 16240

Integrale

Appalti - Azione di responsabilità - Risarcimento danni - Presupposti - Riserve iscritte in corso d'opera - Regolamento di giurisdizione - Competenza del giudice contabile - Limiti - Rapporto di servizio tra l'autore del danno e l'amministrazione pubblica - Contraente generale

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f.

Dott. ADAMO Mario - Presidente di sez.

Dott. RORDORF Renato - Presidente di sez.

Dott. BERNABAI Renato - Consigliere

Dott. CAPPABIANCA Aurelio - Consigliere

Dott. BANDINI Gianfranco - Consigliere

Dott. NAPOLETANO Giuseppe - Consigliere

Dott. AMENDOLA Adelaide - Consigliere

Dott. GIUSTI Alberto - rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 21601-2013 proposto da:

(OMISSIS), (OMISSIS), elettivamente domiciliati in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che li rappresenta e difende, per deleghe a margine dei rispettivi ricorsi;

- ricorrenti -

contro

PROCURATORE REGIONALE PRESSO LA SEZIONE GIURISDIZIONALE DELLA CORTE DEI CONTI PER LA REGIONE LAZIO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA BAIAMONTI 25;

- controricorrente -

sul ricorso 21918-2013 proposto da:

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende, per delega a margine del ricorso;

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato (OMISSIS), per delega a margine del ricorso;

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato (OMISSIS), per delega a margine del ricorso;

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato (OMISSIS), per delega a margine del ricorso;

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende, per delega a margine del ricorso;

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), rappresentato e difeso dagli avvocati (OMISSIS), (OMISSIS), per delega a margine del ricorso;

- ricorrenti -

contro

(OMISSIS) (controricorrente al solo ricorrente (OMISSIS)), elettivamente domiciliato in (OMISSIS) - STUDIO LEGALE (OMISSIS), rappresentato e difeso dagli avvocati (OMISSIS), (OMISSIS), per delega a margine del controricorso;

(OMISSIS) (controricorrente al solo ricorrente (OMISSIS)), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), rappresentato e difeso dall'avvocato (OMISSIS), per delega in calce al controricorso;

PROCURATORE REGIONALE PRESSO LA SEZIONE GIURISDIZIONALE DELLA CORTE DEI CONTI PER LA REGIONE LAZIO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA BAIAMONTI 25;

- controricorrenti -

e contro

(OMISSIS) S.P.A., (OMISSIS), (E ALTRI OMISSIS)

- intimati -

sul ricorso 23067-2013 proposto da:

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, VIA PACUVIO 34, presso lo studio dell'avvocato ROMANELLI GUIDO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato EZIO ANTONINI, per delega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), rappresentato e difeso dall'avvocato (OMISSIS), per delega in calce al controricorso;

PROCURATORE REGIONALE PRESSO LA SEZIONE GIURISDIZIONALE DELLA CORTE DEI CONTI PER LA REGIONE LAZIO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA BAIAMONTI 25;

- controricorrenti -

(OMISSIS), elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso lo STUDIO (OMISSIS), rappresentata e difesa dagli avvocati (OMISSIS), (E ALTRI OMISSIS)

- controricorrente e ricorrente incidentale -

e contro

(OMISSIS) S.P.A., (OMISSIS), (E ALTRI OMISSIS)

- intimati -

sul ricorso 28484-2013 proposto da:

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), rappresentato e difeso dall'avvocato (OMISSIS), per delega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

PROCURATORE REGIONALE PRESSO LA SEZIONE GIURISDIZIONALE DELLA CORTE DEI CONTI PER LA REGIONE LAZIO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA BAIAMONTI 25;

- controricorrente -

e contro

(OMISSIS) S.P.A., (OMISSIS), (E ALTRI OMISSIS)

- intimati -

sul ricorso 10954-2014 proposto da:

(OMISSIS) S.P.A., in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato MARCO ANNONI, che la rappresenta e difende, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

PROCURATORE REGIONALE PRESSO LA SEZIONE GIURISDIZIONALE DELLA CORTE DEI CONTI PER LA REGIONE LAZIO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA BAIAMONTI 25;

- controricorrente -

per la declaratoria di difetto di giurisdizione ex articolo 41 c.p.c. in relazione al giudizio pendente n. 72363/2013 della CORTE dei CONTI - Sezione giurisdizionale per il Lazio;

uditi gli avvocati (OMISSIS), (E ALTRI OMISSIS)

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 01/07/2014 dal Presidente Dott. RENATO RORDORF;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale FIMIANI Pasquale il quale chiede alla Corte Suprema di Cassazione il rigetto dei ricorsi con l'affermazione della giurisdizione del giudice contabile.

PREMESSO IN FATTO

che:

- Il Procuratore della Repubblica presso la Sezione giurisdizionale per il Lazio della Corte dei conti ha promosso azione di responsabilita' nei confronti di diverse persone, ritenute a vario titolo responsabili dei danni sofferti dall'(OMISSIS) s.p.a. in occasione di un appalto per la costruzione di opere stradali, affidato alla (OMISSIS) s.p.a. in veste di contraente generale;

- i danni in questione, secondo il Procuratore contabile, sono dipesi dal fatto che, a seguito di una procedura di accordo bonario svoltasi a norma della Legge n. 109 del 1994, articolo 31 bis sono state riconosciute in favore della suddetta (OMISSIS) riserve dalla stessa iscritte in corso d'opera quantunque non ne ricorressero gli estremi e con l'applicazione di metodi di calcolo errati;

- la responsabilita' e' stata addebitata, oltre che allo stesso contraente generale (OMISSIS) s.p.a., al responsabile del procedimento, ing. (OMISSIS), ai componenti della commissione costituita a norma del citato articolo 31-bis, avv. (OMISSIS), ing. (OMISSIS) e prof. (OMISSIS), ai componenti della commissione di collaudo, dott.ssa (OMISSIS) ed ing. (OMISSIS), al direttore dei lavori, ing. (OMISSIS), ai componenti dell'Unita' riserve dell'(OMISSIS) s.p.a., avv. (OMISSIS) e (OMISSIS) ed ingg. (E ALTRI OMISSIS)

- i difensori dei convenuti (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS) e (OMISSIS) s.p.a., dopo essersi costituiti eccependo il difetto di giurisdizione della Corte dei conti, hanno proposto distinti ricorsi per regolamento di giurisdizione;

- il Procuratore della Repubblica presso la Corte dei conti ha replicato con altrettanti controricorsi;

- hanno altresi' depositato controricorsi i difensori dei convenuti (OMISSIS) e (OMISSIS) (nonche' nuovamente (OMISSIS)), anch'essi contestando la giurisdizione del giudice contabile;

- il Procuratore generale ha concluso chiedendo sia affermata la giurisdizione della Corte dei conti.

CONSIDERATO IN DIRITTO

che:

- preliminarmente giova procedere alla riunione dei ricorsi per regolamento di giurisdizione concernenti il medesimo giudizio pendente dinanzi alla Sezione regionale per il Lazio della Corte dei conti;

- nell'esaminare detti ricorsi appare opportuno distinguere la posizione degli organi e dei dipendenti dell'(OMISSIS) s.p.a. da quella degli altri soggetti convenuti in responsabilita' nel medesimo giudizio, che all'(OMISSIS) sono invece estranei;

- quanto ai primi, dev'essere senz' altro affermata la giurisdizione della Corte dei conti;

- basta in proposito rinviare, per brevita', alla motivazione della sentenza delle Sezioni unite di questa corte n. 15594/2014, ove sono diffusamente indicate le ragioni per cui, ai fini del riconoscimento della giurisdizione contabile in tema di responsabilita' di organi e dipendenti dell'(OMISSIS), dev'essere riconosciuta la perdurante natura di ente pubblico di quest'ultima pur nella acquisita veste formale di societa' azionaria;

- quanto agli altri convenuti in responsabilita', si rende necessario un esame differenziato;

- la giurisdizione della Corte dei conti appare difficilmente contestabile per i componenti la commissione di collaudo;

- e' sufficiente richiamare, in argomento, il consolidato orientamento di questa corte - dal quale non si ha qui motivo per discostarsi - secondo cui la giurisdizione di detto giudice sussiste tutte le volte in cui fra l'autore del danno e l'amministrazione o l'ente pubblico danneggiato sia ravvisabile un rapporto, non solo di impiego in senso proprio e ristretto, ma di servizio, per tale intendendosi una relazione funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto nell'apparato organico dell'ente e nell'attivita' di questo suscettibile di rendere il primo compartecipe dell'operato del secondo (cfr., tra le altre, S.U. 7946/2003, 4809/2008, 24671/2009);

pertanto, la giurisdizione della Corte dei conti sussiste pienamente quando si discuta di danni erariali imputati al comportamento di un organo tecnico straordinario, affidatario di qualificati poteri valutativi, e dei consulenti della direzione dei lavori, trattandosi di soggetti che, per l'attivita' svolta continuativamente, debbono ritenersi inseriti, seppure in via temporanea, nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione (cfr S.U. 11229/2014);

non essendovi dubbi sul fatto che la commissione di collaudo (e dunque i suoi componenti), pur essendo esterna alla struttura organica dell'ente pubblico che funge da stazione appaltante, si inserisca nell'iter procedimentale come compartecipe dell'attivita' pubblicistica del medesimo ente appaltante, ne consegue che l'azione di responsabilita' per danni derivanti da scorretto adempimento delle funzioni affidate a detta commissione (impregiudicata restando qui, ovviamente, ogni questione in ordine all'effettiva configurabilita' di una tale responsabilita' nel caso di specie) rientra a pieno titolo nell'alveo giurisdizionale della Corte dei conti;

alle medesime conclusioni non e' possibile prevenire quanto ai componenti della commissione di bonario componimento, prevista dalla Legge n. 109 del 1994, articolo 31 bis (ora abrogato e rimpiazzato dall'articolo 240 del codice dei contratti pubblici);

detta commissione e' chiamata ad esprimere una proposta di accordo bonario quando l'appaltatore abbia iscritto in contabilita' riserve destinate a far aumentare in modo significativo (e comunque non inferiore al 10%) il valore dell'opera previsto in contratto;

la sua funzione consiste nel favorire il raggiungimento di una transazione tra l'amministrazione pubblica appaltante ed il privato appaltatore, che ha iscritto le riserve, onde essa si pone non gia' quale soggetto funzionalmente inserito nell'apparato organico dell'ente appaltante, bensi' in posizione di terzieta', come e' confermato anche dalle modalita' della sua costituzione: un componente designato dal responsabile del procedimento, un altro dall'appaltatore ed un terzo di comune accordo tra i primi due, ovvero, in mancanza di accordo, dal presidente del locale tribunale;

- la funzione conciliativa che e' propria di tale commissione implica, necessariamente, la sua naturale equidistanza rispetto all'ente pubblico appaltante ed all'impresa privata appaltatrice: il che risulta inconciliabile con la configurazione di un rapporto di servizio funzionale che la legherebbe solo al primo di tali soggetti;

- da cio' consegue la mancanza di uno dei presupposti indispensabili per l'esercizio della giurisdizione contabile nei confronti dei componenti dell'anzidetta commissione di accordo bonario, l'operato dei quali, se anche possa esser risultato dannoso per la pubblica amministrazione, e' imputabile a soggetti da considerarsi affatto estranei rispetto all'amministrazione medesima;

- la giurisdizione della Corte dei conti non appare ravvisabile neppure nei confronti della (OMISSIS) s.p.a., che nella specie ha assunto la veste di contraente generale ed ha iscritto in contabilita' le riserve dal cui indebito riconoscimento si pretende esser derivato un danno all'ente appaltante;

- l'istituto del contraente generale, ora disciplinato dall'articolo 176 codice dei contratti pubblici, attiene al contratto col quale la stazione appaltante affida ad un soggetto dotato di adeguata esperienza e qualificazione nella costruzione di opere nonche' di adeguata capacita' organizzativa, tecnico - realizzativa e finanziaria la realizzazione dell'opera, con qualsiasi mezzo, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto preliminare o nel progetto definitivo redatto dalla medesima stazione appaltante e posto a base di gara, contro un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo

l'ultimazione dei lavori;

- il contraente generale assume su di se' anche compiti che altrimenti graverebbero sulla stazione appaltante, quali ad esempio lo sviluppo del progetto definitivo e le attivita' tecnico-amministrative occorrenti per pervenire alla sua approvazione da parte del Cipe, ove detto progetto non sia posto a base di gara, l'acquisizione delle aree di sedime, la progettazione esecutiva, la direzione dei lavori, il prefinanziamento in tutto o in parte dell'opera da realizzare, la selezione dei soggetti gestori, l'indicazione del piano degli affidamento, delle espropriazioni, delle forniture di materiale e di tutti gli altri elementi utili a prevenire le infiltrazioni della criminalita' organizzata secondo le forme stabilite con gli organi competenti in materia, ferma restando la competenza della stazione appaltante in tema di approvazione del progetto definitivo, di elaborazione del progetto esecutivo e delle varianti, nonche' di alta sorveglianza sull'esecuzione delle opere e di collaudo delle stesse;

- la varieta' di siffatti compiti ha generato, anche nella dottrina, incertezze circa la natura giuridica del contraente generale, talvolta assimilato alla figura dell'appaltatore, altre volte considerato piuttosto come un mandatario senza rappresentanza nell'interesse dell'amministrazione, oppure accostato ad un concessionario di lavori pubblici;

- analogamente, il rapporto intercorrente tra l'amministrazione ed il contraente generale e' stato ricondotto, di volta in volta, alle tradizionali figure dell'appalto, del mandato o della concessione amministrativa, ma non e' mancato chi ha scorto in esso un'ipotesi di collegamento causale tra tipi negoziali diversi, oppure un contratto misto (atipico o connotato da una tipicita' sui generis) o un contratto procedimentalizzato a struttura variabile;

-non v'e' qui necessita' di prendere posizione tra le diverse tesi affacciatesi a questo proposito in dottrina, bastando notare come l'esplicita previsione di affidamento al contraente generale della "realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera" (articolo 176 codice dei contratti pubblici, comma 1), comporti incontestabilmente l'assunzione a suo carico di un'obbligazione di risultato (si veda anche, in tal senso Cons. Stato 4584/2010, che proprio su questo aspetto fonda la differenza rispetto alla figura dalla concessione di committenza, connotata invece per il concessionario da un'obbligazione di mezzi), destinata a conglobare in se' le svariate attivita' strumentali cui dianzi s'e' fatto cenno;

- si puo' forse allora convenire sulla possibilita' che, al pari del concessionario, il contraente generale, per le funzioni attribuitegli nell'iter che conduce alla realizzazione di un'opera pubblica, venga sotto certi riguardi ad assumere la veste di soggetto funzionalmente inserito nell'apparato dell'ente pubblico appaltante, cosi' da rendersi compartecipe dell'operato di quest'ultimo, assumendo la veste di agente dell'amministrazione, con la conseguente instaurazione di un rapporto di servizio idoneo a radicare l'esercizio della giurisdizione contabile di responsabilita' della Corte dei conti in controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno erariale derivante dalla violazione di obblighi previsti dalla legge o dal contratto;

- potrebbe in tal caso valere, pur con le debite differenze, quanto gia' in precedenti occasioni questa corte ha avuto modo di affermare: cioe' che, in presenza di una concessione ad un soggetto privato della progettazione ed esecuzione di un'opera di pubblica utilita', si ha il trasferimento in tutto o in parte in capo al concessionario dell'esercizio di funzioni oggettivamente pubbliche proprie del concedente, necessarie per la realizzazione dell'opera, con la conseguenza che agli atti posti in essere dal concessionario puo' essere, all'occorrenza, riconosciuta natura di attivita' amministrativa e che l'accertamento di eventuali responsabilita' nel compimento di quegli atti rientra nella giurisdizione della Corte dei conti (S.U. 4112/2007);

- proprio in base a tale principio si e' in passato deciso, ad esempio, che spetta alla Corte dei conti la giurisdizione in ordine alla domanda di risarcimento dei danni avanzata da un comune nei confronti della societa' concessionaria del servizio delle pubbliche affissioni e della pubblicita', per la mancata riscossione dei relativi tributi (S.U. 26280/2009), nonche' in ordine all'azione di responsabilita' amministrativa promossa nei confronti di una societa' privata che, in esecuzione di un appalto di servizi per la manutenzione e la gestione del patrimonio immobiliare di un ente pubblico, abbia cagionato danni a quest'ultimo per aver appaltato lavori con procedure irregolari e in violazione sia delle norme contrattuali sia dei regolamenti interni dell'ente (S.U. 15599/2009);

- siffatta conclusione, tuttavia, potrebbe risultare giustificata solo nel caso in cui il danno erariale in discussione dipendesse da comportamenti illegittimi tenuti dall'agente nell'esercizio di quelle funzioni per le quali possa dirsi che egli e' inserito nell'apparato dell'ente pubblico appaltanti cosi' da assumere la veste di agente dell'amministrazione;

- ben diversa e' la situazione che si determina, invece, quando il danno di cui si pretende il ristoro e' conseguenza di comportamenti che il contraente generale abbia assunto nella veste di controparte contrattuale dell'amministrazione medesima, squilibrando il sinallagma contrattuale proprio del contratto;

- in questo caso ad esser violato non e' il dovere (almeno lato sensu) pubblicistico, gravante sul contraente generale, di agire nell'interesse

dell'amministrazione, bensi' quello di adempiere correttamente le obbligazioni dedotte nel contratto, alle quali corrispondono i diritti che il contratto medesimo attribuisce ad una parte nei confronti dell'altra;

- e' proprio questa situazione ad essersi verificata nel caso in esame, giacche' cio' di cui si fa carico alla (OMISSIS) s.p.a. e' di aver iscritto in contabilita' riserve per le quali si assume che non ricorressero i presupposti, o che sarebbero state computate in misura maggiore del dovuto: cioe', in definitiva, di aver preteso ed ottenuto, grazie al parziale riconoscimento di dette riserve, una contropartita della propria prestazione contrattuale che non le sarebbe spettata;

- siffatta pretesa, con ogni evidenza, innesca una controversia tra la parti contrattuali, avente ad oggetto la corretta determinazione del corrispettivo dovuto per l'esecuzione del contratto, che, come tale, manifestamente non appartiene alla giurisdizione del giudice contabile;

- la giurisdizione della Corte dei conti e' da escludere anche nei confronti del direttore dei lavori;

- si e' affermato, in precedenti occasioni, che il direttore dei lavori per la realizzazione di un'opera pubblica, in considerazione dei compiti e delle funzioni che gli sono devoluti, i quali comportano l'esercizio di poteri autoritativi nei confronti dell'appaltatore e l'assunzione della veste di agente, deve ritenersi funzionalmente e temporaneamente inserito nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione che gli ha conferito l'incarico, quale organo tecnico e straordinario della stessa, con la conseguenza che, con riferimento alla responsabilita' per danni cagionati nell'esecuzione dell'incarico stesso, e' soggetto alla giurisdizione della Corte dei conti (S.U. 340/2003), con l'ulteriore precisazione secondo cui la responsabilita' per danni cagionati all'amministrazione appaltante dal direttore dei lavori ricade nella giurisdizione della stessa Corte dei conti anche se il medesimo soggetto abbia cumulato su di se' pure l'incarico di progettista (quantunque solo il direttore dei lavori, e non anche il progettista, sia temporaneamente inserito nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione appaltante quale organo tecnico e straordinario della stessa), sorgendo in tal caso la responsabilita' dal cumulo degli incarichi e da una complessiva attivita' professionale che non consentono di scindere le giurisdizioni in presenza di un rapporto unitario (cfr. S.U. 28537/2008 e 7446/2008);

- quando pero', come nel caso in esame, l'appalto sia stato affidato ad un contraente generale, secondo il modello gia' sopra riferito, che espressamente pone la direzione dei lavori a carico del medesimo contraente generale, sottraendola dalle funzioni proprie della pubblica amministrazione committente, viene meno il presupposto dell'inserimento del direttore dei lavori nell'apparato di detta amministrazione, onde non appare piu' possibile qualificarlo come un agente pubblico che esplica poteri autoritativi nei confronti dell'impresa appaltatile;

- appare al contrario evidente che, quando esplica un compito rientrante nelle funzioni attribuite al contraente generale, il direttore dei lavori ne' e' funzionalmente e temporaneamente inserito nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione, ne' esplica alcun potere autoritativo nei confronti del medesimo contraente generale, proprio per il quale invece egli opera;

- di conseguenza, in simili casi, neppure e' possibile ravvisare nei confronti del direttore generale una responsabilita' ricadente nell'ambito della giurisdizione contabile.

P.Q.M.

La corte, riuniti i ricorsi, dichiara:

a) che compete alla Corte dei conti la giurisdizione in ordine all'azione promossa nei confronti dei sigg.ri (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS) e (OMISSIS);

b) che la Corte dei conti e' priva di giurisdizione nei confronti dei sigg.ri (OMISSIS), (OMISSIS) e (OMISSIS) e della (OMISSIS) s.p.a..