



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA BASILICATA

composta dai seguenti Magistrati:

dr. Luigi CIRILLO	Presidente
dr. Rocco LOTITO	Consigliere relatore
dr. Federico LORENZINI	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di responsabilità iscritto al n. 9057 del Registro di Segreteria, ad istanza della Procura Regionale presso questa Sezione, nei confronti di:

- Egidio Vecchione (C.F. VCCGDE78C21E919J), rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Francesco Nicodemo ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Lauria (PZ) alla via Rocco Scotellaro 155 (pec: nicodemo.giovanfrancesco@certavvocatilag.it);
- Francesco Genovese (C.F. GNVFNC57M22D414C), rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Sabella ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Lagonegro (PZ), via Sant'Anna 53 (pec: sabella.giuseppe@certavvocatilag.it);
- Salvatore La Becca (C.F. LBCSVT60A22D414Y), rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Sabella ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Lagonegro (PZ), via Sant'Anna 53 (pec: sabella.giuseppe@certavvocatilag.it).

Visto l'atto introduttivo del giudizio, esaminati tutti gli altri atti e documenti della causa;

uditi, nella pubblica udienza del 2 luglio 2024, con l'assistenza del Segretario del Collegio dott.ssa Angela Micele, il Consigliere relatore Rocco Lotito, il Pubblico Ministero nella persona della dott.ssa Ilda Coluzzi, nonché l'Avv. Giovanni Francesco Nicodemo, anche per delega dell'avv. Giuseppe Sabella; premesso in

FATTO

Con atto di citazione depositato in data 8/2/2024 la Procura regionale conveniva in giudizio Egidio Vecchione, Francesco Genovese e Salvatore La Becca in ordine ad un'ipotesi di danno erariale relativa agli affidamenti diretti e all'abuso delle proroghe contrattuali disposte per la gestione del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti del Comune di Episcopia.

Dall'esposizione in fatto contenuta nell'atto introduttivo, e dalla documentazione allo stesso allegata, si evince quanto segue.

A seguito di circostanziato esposto, veniva dalla Procura espletata istruttoria e acquisita documentazione dalla quale emerge che:

- con determinazione n. 209 del 24/08/2018 veniva indetto l'appalto per il servizio di igiene urbana del Comune di Episcopia per il periodo di un anno ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del D.lgs. n. 50/2016, con importo a base d'asta di € 127.200,00, oltre IVA al 10%, contestualmente prorogando l'affidamento in corso alla società IM.PU.SA sas sino al 30/09/2018 e, comunque, sino all'affidamento del nuovo servizio. L'aggiudicazione definitiva, disposta con determinazione n. 236 del 28/09/2018 in favore della Lucana Ambiente S.r.l. per l'importo di € 127.175,34 oltre IVA, in conseguenza

di inadempienze contrattuali veniva revocata (cfr. determinazione n. 47 del 22/02/2019);

- successivamente, il servizio in questione veniva riaffidato alla società IM.PU.SA sas, prima in via temporanea ed urgente a decorrere dal 18/03/2019 per l'importo mensile di € 11.657,74, IVA compresa (cfr. ordinanza sindacale n. 5 del 15/03/2019), e poi, a seguito di procedura negoziata indetta con determinazione n. 197 del 09/07/2019 (con importo a base d'asta di € 218.000,00, IVA compresa), con aggiudicazione disposta con determinazione n. 217 del 31/07/2019 (per l'importo di € 217.924,00, IVA inclusa) per il periodo dal 01/08/2019 al 31/12/2020. Alla scadenza, l'affidamento alla predetta società veniva ripetutamente prorogato, alle stesse condizioni economiche, per brevi periodi (da uno a tre mesi) fino al 28/02/2022;

- a far data dal 01/03/2022 (a seguito di verbale di consegna sotto riserva del 26/02/2022) il servizio veniva effettuato dalla ditta General Enterprise S.r.l., risultata aggiudicataria (cfr. determinazione n. 13 del 24/01/2022) della procedura aperta di affidamento per un anno di cui alla determinazione n. 229 del 16/09/2021 (con importo a base d'asta di € 139.890,00 oltre IVA);

- il contratto con tale ultima società non veniva, però, stipulato e il servizio veniva quindi effettuato dalla società IM.PU.SA sas dal 01/08/2022 al 30/09/2022, per effetto dell'affidamento diretto di cui alla determinazione n. 186 del 12/08/2022 (per l'importo complessivo di € 25.357,48), dal 01/10/2022 al 28/2/2023, in conseguenza di una proroga bimestrale e di quattro proroghe mensili (per il valore complessivo di € 57.630,65 oltre IVA), e dal 01/03/2023 al 28/2/2024, a seguito di aggiudicazione disposta con determinazione n. 26 del 09/02/2023 per l'importo di € 148.536,30 oltre IVA (con un ribasso del 3,860%

sulla base d'asta di € 154.500,00 oltre IVA, stabilita con determinazione n. 232 del 29/09/2022 con cui era stata indetta la procedura aperta per l'affidamento del servizio per un anno).

Il Requirente, con invito a dedurre del 22/09/2023, successivamente notificato, contestava agli odierni convenuti un presunto danno erariale di € 11.699,71, da imputarsi a titolo di dolo eventuale solidalmente al Sindaco e ai due Responsabili dell'Area Tecnica nel periodo interessato.

Da parte degli invitati venivano, quindi, presentate controdeduzioni che il PM riteneva non potessero essere accolte, e così emetteva atto di citazione.

Evidenziava, tra l'altro, la Procura in tale atto:

- che il Comune di Episcopia, nell'arco temporale indicato nell'atto di citazione, aveva di fatto gestito il servizio di igiene urbana attraverso la società IM.PU.SA sas, che aveva operato in regime di sostanziale monopolio, grazie ad affidamenti diretti e numerose proroghe contrattuali;
- che, peraltro, tutte le procedure di affidamento, comprese le due procedure aperte, erano state incomprensibilmente indette per periodi brevi (della durata di un anno o poco più), circostanza che appariva incompatibile con la tipologia di un servizio di pubblica utilità, che necessariamente richiede agli operatori la predisposizione di un complesso apparato organizzativo di mezzi e personale, rendendo poco appetibile l'appalto ad eventuali ricorrenti, e quindi concretizzando un frazionamento dell'appalto allo scopo di accedere a procedure semplificate, con restrizione della concorrenza;
- che l'affidamento, disposto dal Sindaco facendo ricorso al potere di ordinanza ex art. 50, comma 5, del D.lgs. 267/2000, difettava dei necessari presupposti di urgente necessità richiesti anche dall'art. 191 del D.lgs. 152/2006, nello stesso

provvedimento richiamata, norma che comunque implicava il rispetto delle disposizioni contenute nelle direttive dell'Unione Europea, tra cui il principio di rotazione, nella specie del tutto disatteso;

- che, per effetto degli affidamenti diretti e delle numerose proroghe contrattuali disposti in violazione del principio di rotazione, non giustificabili neppure alla luce della normativa emergenziale (visto che l'art. 1, comma 2, del D.L. n. 76 del 16/07/2020 ha comunque tenuto fermi i principi comunitari in materia di appalti), la società IM.PU.SA sas ha gestito il servizio di igiene urbana del Comune di Episcopia per un periodo complessivo di oltre due anni e due mesi, percependo il corrispettivo complessivo di € 293.753,91, superiore non solo alla soglia per gli affidamenti diretti, ma anche a quella ordinaria comunitaria per l'affidamento dei servizi;

- che le condotte contestate sono in palese contrasto con quanto disposto dall'art. 23, comma 2, della L. 62/2005, dall'art. 57, comma 7, del D.lgs. 163/2006 e dall'art. 106, comma 11, del D.lgs. 50/2016, e contravvengono al divieto di proroga e di rinnovo dei contratti pubblici (costituendo «...*fattispecie di affidamento senza gara, con violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento di cui all'art.30 comma 1 del Dlgs 50/2016*»), considerato che non ricorrono le stringenti condizioni previste dal legislatore per la proroga tecnica.

In punto di danno, determinato dalle «...*lungaggini amministrative nell'indizione e nell'espletamento delle procedure di gara...*» e «... *dall'abuso costante della proroga contrattuale*», il PM specificava che lo stesso «...*è anche relativo alle modalità di scelta della procedura di affidamento e, soprattutto, della durata...*» prescelta, la cui brevità non è apparsa giustificabile

in gare di servizi pubblici essenziali, ed è «...*quantificabile nel minor importo contrattuale che avrebbe potuto ottenere l'Ente con regolari procedure di gara in luogo delle numerose proroghe, anche avendo a riferimento la normativa derogatoria sugli affidamenti che, per gli appalti di importi superiori a € 139.000,00 – come avrebbe dovuto essere quello che interessa – prevedeva la procedura semplificata di cui all'art.1 comma 2 lettera b), ovvero procedura negoziata senza bando con consultazione di 5 operatori economici*»; il pubblico attore evidenziava come quello contestato, oltre a essere un danno alla concorrenza (considerato che l'amministrazione si era avvalsa di operatore non scelto da confronto concorrenziale, con ingente danno economico, non avendo potuto ottenere più favorevoli condizioni di prezzo), fosse anche un danno alla qualità di servizio, «...*perché chiaramente prorogando un contratto il Comune di Episcopia non ha potuto rinegoziare i termini del servizio e adeguarlo alle nuove e diverse necessità*».

Quanto alla liquidazione del danno, il Requirente, vista la difficoltà di individuare una procedura di gara simile, faceva riferimento al ribasso del 3,860%, ottenuto dal Comune di Episcopia nell'ultima procedura aperta espletata, ribasso che ha applicato alla somma di € 293.753,91, rappresentativa dei corrispettivi complessivamente erogati in conseguenza degli affidamenti diretti e delle relative proroghe, così ottenendo l'importo di € 11.388,90.

Detto documento, nella prospettazione attorea, era stato determinato dal Sindaco e dai responsabili dell'Area Tecnica convenuti in giudizio, i quali dovevano ritenersi «... consapevoli, non solo della palese violazione delle norme sugli appalti, ma altresì del danno che stavano cagionando all'amministrazione sia in termini di efficienza del servizio, sia in termini di

danno economico», consapevolmente accettando il rischio delle proprie condotte illegittime e dovendo quindi rispondere solidalmente a titolo di dolo eventuale.

In via subordinata, il pubblico attore chiedeva che il danno fosse imputato quantomeno a titolo di colpa grave (in quanto, «...*se l'adozione dell'atto di proroga contrattuale – della cui antigiuridicità si è detto – è ascrivibile alla colpa commissiva per aver adottato atti ripetutamente in violazione di legge, è sicuramente omissiva la colpa grave di coloro che hanno omesso di espletare una nuova procedura di affidamento ad ogni scadenza del contratto, agevolando così le proroghe del contratto*») nella seguente indicativa ripartizione: il 26% al Sindaco, per la sua colpa grave commissiva nell'adozione dell'ordinanza n. 5/2019, e il 37% ciascuno al geom. Francesco Genovese ed al Geom. Salvatore La Becca, responsabili dell'Area Tecnica nel periodo in questione.

La Procura chiedeva, in definitiva, condannarsi i convenuti al pagamento in favore del Comune di Episcopia della somma di € 11.388,90, ovvero di quella diversa accertanda in corso di causa, con maggiorazione di interessi legali, rivalutazione monetaria e spese di giudizio, come per legge.

Con comparse di costituzione e risposta, entrambe del 19/3/2024, Egidio Vecchione, rappresentato dall'avv. Giovanni Francesco Nicodemo, nonché Francesco Genovese e Salvatore La Becca, difesi dall'avv. Giuseppe Sabella, chiedevano il rigetto della domanda attorea evidenziando, tra l'altro:

- che l'ordinanza n. 5/2019 era stata determinata dalla necessità (in seguito alla risoluzione per inadempimento del gestore) di garantire un servizio essenziale;
- che le proroghe erano state disposte, almeno in parte, nel periodo emergenziale

determinato dalla pandemia da Covid19, «...che almeno dal mese di marzo 2020, ha provocato una sostanziale instabilità normativa ed amministrativa alla luce della incontestabile incertezza della durata del periodo pandemico (a cui si è aggiunta la frammentaria normativa emergenziale)...»;

- che doveva essere considerata la circostanza che la ditta General Enterprise s.r.l., risultata aggiudicataria all'esito della successiva gara (indetta il 16 settembre 2021), aveva interrotto l'esecuzione del contratto, costringendo il Comune a individuare nuovo affidatario nelle more dello svolgimento della nuova gara, che veniva riaffidata alla società IM.PU.SA;

- che, in ogni caso, non poteva ritenersi sussistente l'elemento soggettivo, visto che le contestate condotte erano state determinate da circostanze sopravvenute, indipendenti dalla volontà dei convenuti;

- che la determinazione del danno risultava erronea, comprendendo nel calcolo anche periodi che andavano esclusi.

All'odierna pubblica udienza il P.M. e l'Avvocato Nicodemo, anche per delega dell'Avvocato Sabella, illustravano ulteriormente e specificavano gli argomenti svolti negli atti precedentemente depositati, confermando le conclusioni ivi rassegnate; il PM, inoltre, depositava copia dello studio Itaca comprendente, tra l'altro, i ribassi medi nelle procedure di affidamento dei servizi nella regione Basilicata. Quindi il giudizio passava in decisione.

DIRITTO

Nel merito, il Collegio è chiamato a valutare la sussistenza di danni erariali subiti dal comune di Gallicchio in conseguenza dell'abuso delle proroghe contrattuali disposte in favore della società originariamente assegnataria del servizio di manutenzione e assistenza *software*.

A prescindere dalle circostanziate e suggestive argomentazioni di parte attrice circa l'antigiuridicità delle condotte e la loro natura dolosa (in specie riguardo un artificioso frazionamento dell'appalto volto ad avvantaggiare l'IM.PU.SA), la pretesa risarcitoria appare infondata in quanto il Requirente non ha offerto un sufficiente quadro probatorio del danno erariale derivante dalla contestata violazione delle regole dell'evidenza pubblica, che funge da imprescindibile presupposto della responsabilità amministrativa fin dal remoto art. 83 del R.D. n. 2440/192.

In particolare, secondo autorevole e risalente giurisprudenza di questa Corte, il cosiddetto "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; dimostrazione che potrà essere raggiunta con il ricorso a ogni idoneo mezzo di prova, quale può essere la comparazione con i prezzi o con i ribassi conseguiti a seguito di gara per lavori o servizi dello stesso genere di quello in contestazione. Ed è ovvio che solo in ipotesi di dimostrata esistenza del danno potrà farsi ricorso alla liquidazione con valutazione equitativa, che – come è ben noto - 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» (cfr. C.d.c., Sez. II app. sent. n. 198/2011; cfr. anche, *ex pluribus*, le più recenti sentenze n. 99/2019, della stessa Sezione, e n. 392/2022 della Sez. I app.).

Come si è visto nell'esposizione in fatto, il Requirente ha ritenuto di individuare il danno applicando il ribasso del 3,860%, ottenuto dal Comune di Episcopia nell'ultima procedura aperta espletata, alla somma di € 293.753,91, rappresentativa dei corrispettivi complessivamente erogati in conseguenza degli affidamenti diretti e delle relative proroghe, così ottenendo l'importo di € 11.388,90.

Con riferimento a tale procedura, con determinazione n. 232 del 29/09/2022 si è avviata la procedura di gara aperta relativa al "Servizio di spazzatura, raccolta, trasporto e deposito di rifiuti solidi urbani, assimilabili, e di altri servizi pubblici nel territorio del comune di Episcopia per anni uno...", approvando il relativo Capitolato d'Appalto, lo schema del bando e il disciplinare di gara, e stabilendo che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95, comma 3, lett. a) del D.lgs. n. 50/2016) per l'importo a base di gara di € 154.500,00, oltre IVA al 10% (per un totale di € 169.950,00).

I servizi di cui trattasi, come da determinazione n. 26 del 09/02/2023 del Responsabile del Settore Tecnico, sono stati aggiudicati alla ditta IM.PU.SA, che aveva totalizzato un punteggio pari a 98,180, per un importo di aggiudicazione, al netto del ribasso del 3,860%, di € 148.536,30 oltre IVA (per un totale di € 163.389,93).

Orbene, il costo, comprensivo di IVA e rapportato a mese, dell'espletamento

del predetto servizio, secondo le condizioni derivate dalla predetta gara, è pari ad € 13.615,83, e risulta superiore agli importi (di seguito tutti indicati al lordo di IVA) mensilmente pagati in tutto il periodo oggetto di attenzione da parte del Requirente, in quanto:

- con determinazione n. 209 del 24/08/2018 è stato indetto, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b, del D.Lgs. n. 50/2016, l'appalto per il servizio di igiene urbana per un anno, con il criterio del minor prezzo, con importo a base d'asta di € 139.920,00 (**€ 11.660,00 mensili**), prorogando nelle more l'affidamento in corso alla ditta IM.PU.SA fino al 30/9/2018. Il servizio è stato affidato, a decorrere dal 1/10/2018, alla Ditta Lucana Ambiente al prezzo di € 139.892,87 (**€ 11.657,74 mensili**), comprensivo dei costi della discarica e degli oneri e spese connesse a carico all'appaltatore (cfr. determinazione n. 236/2018);

- con ordinanza n. 5 del 15/03/2019 il servizio è stato affidato, dal 18/3/2019, in via temporanea e urgente alla IM.PU.SA, per un **costo mensile di € 11.657,74**, comprensivo di oneri e costi connessi;

- con determinazione n. 197 del 09/07/2019 è stato indetto, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b, del D.Lgs. n. 50/2016, l'appalto per il servizio di igiene urbana per il periodo dal 1/8/2019 al 31/12/2020, con il criterio del minor prezzo, con importo a base d'asta di € 218.000,00 (**€ 12.823,53 mensili**). Il servizio è stato affidato a IM.PU.SA con determina n. 217 del 31/07/2019 dietro il corrispettivo di € 217.924,00 (**€ 12.819,06 mensili**) comprensivo di oneri e spese connessi, ed alle stesse condizioni economiche l'affidamento è stato prorogato per il periodo dal 01/1/2021 al 28/2/2022;

- con determinazione n. 229 del 16/09/2021 è stato indetto, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, l'appalto per il servizio di igiene urbana comunale con il

criterio del minor prezzo, per l'importo a base d'asta di € 153.879,00 (€ 12.823,25 al mese). I servizi sono stati affidati per un anno alla General Enterprise (che aveva offerto un ribasso dell'1,129%) con determinazione n. 13 del 24/01/2022 per l'importo di € 152.144,97 (**costo mensile di € 12.678,75**). Per le ragioni indicate nella determinazione n. 186 del 12/08/2022, prendendo atto dell'interruzione del servizio da parte della predetta ditta, il servizio è stato poi riaffidato, agli stessi patti e condizioni, alla società IM.PU.SA, e ciò fino all'affidamento alla stessa società con la determinazione n. 26/2023 al **costo mensile di € 13.615,83**.

Orbene, è evidente che il costo sostenuto dall'ente in conseguenza di tale ultimo affidamento, richiamato dalla Procura ai fini della quantificazione del danno, in realtà ha determinato maggiori esborsi a carico della pubblica amministrazione rispetto ai periodi per i quali è stato contestato il danno per l'omissione del confronto concorrenziale.

In definitiva, in assenza di ulteriori evidenze istruttorie, da fornire a carico di parte attorea, e non essendo all'uopo idonea l'inconferente produzione dello studio sui ribassi medi, non rientrante nei parametri invocati nell'atto introduttivo per la formulazione del *petitum*, non vi sono elementi per ritenere perfezionata la prova del lamentato danno alla concorrenza.

La Procura ha, poi, contestato un danno alla qualità del servizio, in quanto «... *prorogando un contratto il Comune di Episcopio non ha potuto rinegoziare i termini del servizio e adeguarlo alle nuove e diverse necessità*».

Orbene, anche in tal caso non risultano forniti idonei elementi di prova di tale posta di anno, non essendo, prima ancora, nell'atto introduttivo indicate quali sarebbero le nuove e diverse necessità alle quali l'amministrazione comunale

avrebbe dovuto far fronte, né dimostrato che una rinegoziazione, nel periodo in contestazione, avrebbe potuto determinare un incremento della complessiva qualità dei servizi offerti all'amministrazione né il relativo valore economico.

Con riferimento, infine, alle ulteriori contestazioni attoree in merito alle modalità di scelta della procedura di affidamento e della relativa durata, che pur rimangono assorbite nel generale difetto di prova del danno, si osserva, *ad abundantiam*, che la Procura non ha allegato né dimostrato concrete circostanze del caso da cui possa desumersi una violazione dei canoni di buona amministrazione, ovvero che gli atti contestati siano palesemente irrazionali o manifestazione di assoluta e incontrovertibile estraneità rispetto ai fini del soggetto pubblico.

La domanda attorea, in definitiva, non può trovare accoglimento a cagione della mancata prova dell'esistenza del danno e i convenuti, pertanto, vanno mandati assolti.

In applicazione di quanto disposto dall'art. 31 del codice di giustizia contabile approvato con D.Lgs. n. 174/2016, secondo il quale le spese del giudizio per i soggetti prosciolti nel merito vanno "liquidate" a carico dell'amministrazione di appartenenza, dette spese si liquidano nella misura indicata in dispositivo, tenendo conto dei criteri indicati nel D.M. 10 marzo 2014 n. 55 e s.m.i., anche con riferimento al previsto aumento, nella misura del 30% per ogni patrocinato, del compenso unico spettante ai difensori che, come nel caso di specie, assistono più soggetti aventi la stessa posizione processuale (cfr. art. 4, comma 2, del D.M. citato).

P.Q.M.

La Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Basilicata, ogni

contraria domanda ed eccezione respinte, così decide:

a) rigetta la domanda attorea e per l'effetto assolve i convenuti Egidio Vecchione, Francesco Genovese e Salvatore La Becca in ordine ai fatti ad essi contestati con l'atto di citazione;

b) liquida il compenso spettante ai difensori dei convenuti, da porsi a carico del Comune di Episcopia, nella misura di € 1.300,00 per Egidio Vecchione (rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Francesco Nicodemo) e di € 1.690,00 complessivamente per Francesco Genovese e Salvatore La Becca (entrambi rappresentati e difesi dall'avv. Giuseppe Sabella), con la maggiorazione per tutti di IVA e CPA, fermo restando il diritto al rimborso delle spese previste dall'art. 2, comma 2, del D.M. 10 marzo 2014 n. 55.

Così deciso in Potenza, nella Camera di consiglio del 2 luglio 2024.

L'estensore

f.to digitalmente

(Rocco LOTITO)

Il Presidente

f.to digitalmente

(Luigi CIRILLO)

Depositata in Segreteria il 9 luglio 2024

Il Segretario del Collegio

f.to digitalmente

dott.ssa Angela MICELE