



REPUBBLICA ITALIANA SENT. 78/2024

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE LIGURIA

composta dai signori Magistrati

ROSATI dott.ssa Emma Presidente Relatore

BENIGNI dott. Alessandro Consigliere

BRANCOLI BUSDRAGHI Benedetto Primo Referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel giudizio di responsabilità, iscritto al n. 21451 del registro di segreteria, nei confronti dei signori **ARABIA Paolo**, in qualità di responsabile dell'area tecnica del Comune di Deiva Marina, nato Napoli, il 17/03/1967, residente in La Spezia, via Picco n. 20, C.F. RBAPLA67C17839S, rappresentato e difeso, unitamente e/o disgiuntamente dagli avv.ti Teresa Rajola e Giovanni Di Sibio e con elezione di domicilio digitale agli indirizzi di posta elettronica certificata giovannidisibio@legalmail.it e teresarajola@pec.it, comunicati al Consiglio dell'Ordine di La Spezia ai fini della iscrizione nel Registro degli Indirizzi Elettronici tenuto presso il Ministero della Giustizia, ai sensi dell'art. 7 del D.M. Giustizia 21.2.2011, n. 44;

PASSANO Sandra in qualità di responsabile dell'Area Finanziaria del Comune di Deiva Marina (SP), nata a Sestri Levante (GE), il 10/07/1965, residente in Deiva Marina (SP), rappresentata e difesa, tanto congiuntamente

quanto disgiuntamente dall'Avv. Eleonora Maschio del Foro di Genova (C.F. MSCLNR88M59D969D), PEC eleonora.maschio@ordineavvgenova.it e dall'Avv. Marco Littardi del Foro di Imperia (C.F. LTTMRC94H19E290M), PEC marco.littardi@avvocatiimperia.it ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Eleonora Maschio in Genova, Via XXV Aprile 16/10.

Esaminati gli atti e i documenti di causa.

Uditi, nella pubblica udienza del 18.7.2024, il relatore, Presidente dott.ssa Emma ROSATI, il rappresentante del Pubblico Ministero, nella persona del Sostituto Procuratore Generale dott.ssa Simona DESI.

Uditi altresì gli avvocati difensori, Giovanni Di Sibio, per il sig. Paolo ARABIA e Eleonora Maschio e Marco Littardi, per la sig.ra Sandra PASSANO. Assente l'avvocato Teresa Rajola.

Ritenuto in

FATTO

1. Con atto di citazione del 22 dicembre 2023, il PM conveniva in giudizio i signori ARABIA e PASSANO, in relazione a comportamenti illeciti dei medesimi, forieri di danno erariale, per omessa procedura ad evidenza pubblica di assegnazione del servizio di illuminazione pubblica del Comune di DEIVA MARINA.

La Procura erariale, in particolare, aveva assunto la *notitia damni* da un'indagine svolta dal Nucleo di polizia economico finanziaria di La Spezia, sezione tutela economia, intrapresa in data 16/02/2017 e concernente un controllo sul corretto adempimento e assolvimento, da parte di vari comuni spezzini, fra cui quello di Deiva Marina, degli obblighi previsti dal D. Lgs. 163/2006, vigente *ratione temporis* (dal 30.12.2016 è in vigore il nuovo codice

degli appalti -D. Lgs 50/2016) in materia di contratti pubblici. L'attività di accertamento portava alla luce rilevanti criticità, che venivano evidenziate alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di La Spezia (nota del 01.06.2017), che, sulla base di quanto segnalato, istruiva il procedimento penale n. 1931/17/21-36, con contestuale richiesta da parte dell'autorità procedente di espletare intercettazioni telefoniche ed ambientali ex articolo 266 comma 1 c.p.p. (per il Comune di Deiva Marina). Essendo per l'appunto ipotizzabile anche un danno erariale, una volta autorizzata la trasmissione degli atti da parte della Procura penale, gli stessi venivano trasmessi alla Procura erariale. Acquisita perciò la notizia specifica di danno, al fine di verificare i presupposti dell'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa e ricostruire storicamente e documentalmente i fatti concretizzanti la notizia stessa, la Procura erariale delegava la GdF di La Spezia ad espletare le attività istruttorie per il Comune di Deiva Marina, con accertamenti finalizzati, tra l'altro, alla quantificazione del danno alla concorrenza, attraverso il calcolo differenziale, già utilizzato dalla Guardia di Finanza per la quantificazione del danno negli altri Comuni della provincia di La Spezia. Con particolare riferimento, dunque, al Comune di Deiva, l'indagine della GdF era orientata a verificare il rispetto delle prescrizioni del codice dei contratti pubblici, attraverso acquisizioni documentali ed intercettazioni, delegate dall'autorità giudiziaria. In particolare, negli uffici del Comune sono state acquisite le documentazioni riferite alla gestione degli impianti di illuminazione pubblica (delibere consiliari, determinazioni dei responsabili dei servizi e documentazione contabile di supporto, per il cui dettaglio si rimanda diffusamente al verbale dalla GdF, in atti). Dall'esame di tutta la

documentazione, emergeva che fin dall'anno 2006, omissis gestiva gli impianti

di sua proprietà, insistenti sul territorio del Comune di Deiva Marina, in forza

della convenzione stipulata tra omissis e Comune, convenzione conferita a

omissis in data 01.08.1999, a seguito dello scorporo da omissis del ramo di

azienda concernente il settore di illuminazione (il riscontro è contenuto nelle

premesse alla convenzione per la gestione degli impianti di illuminazione

pubblica di proprietà di omissis nel Comune di Deiva Marina). Nel 2006, per

l'appunto, con la deliberazione n. 67 del 06.10.2006, il servizio di gestione

degli impianti di illuminazione pubblica del Comune di Deiva Marina veniva

affidato a omissis e nel corpo della relativa delibera non erano previste opzioni

per il rinnovo della proroga. I rapporti di dettaglio, comprensivi dei diritti ed

obblighi reciproci, invece, venivano disciplinati mediante la stipula di apposita

convenzione, la cui decorrenza era fissata dal 01/11/2006 al 31/10/2012.

La convenzione distingueva tra servizi di base, definiti quali tutte le attività di

gestione del servizio di illuminazione (ad es. accensione e spegnimento degli

impianti, funzionamento degli impianti attraverso la minimizzazione dei centri

luminosi, mantenimento dei singoli componenti d'impianto in buono stato di

conservazione, tempestività di intervento etc) e servizi a richiesta, ovvero

servizi di tipo saltuario, accessori, rispetto ai servizi di base e forniti da omissis

su richiesta del Comune, durante il periodo di validità della convenzione. Per

i servizi di base veniva stabilito un canone, il cui importo annuo era fissato in

euro 12.076,92 iva esclusa. Allo scadere della convenzione, non sono state

rinvenute attività di rinnovo, né il Comune ha effettuato una gara, dando vita,

a parere della Procura erariale, ad una proroga *contra legem* della convenzione,

per un periodo di ulteriori 4 anni (dal 01.11.2012 al 31.10.2016). Per il periodo

che va dal 01.11.2016 al 31.10.2019, è stata riscontrata la presenza di una Determinazione del responsabile dei servizi tecnici del Comune, geometra Paolo Arabia (determinazione n. 85 del 18.11.2016), con la quale si prorogava il servizio.

Ulteriore proroga si ebbe dal 01.11.2019 al 31.12.2020. Nell'arco temporale (Novembre 2019 - Ottobre 2020), in assenza di una determinazione da parte del Comune, i mandati di pagamento erano stati sottoscritti dalla signora Sandra Passano, mentre per i mesi di Novembre e Dicembre 2020 erano stati sottoscritti dal signor omissis.

La Procura ha rilevato in citazione che dal 01.01.2021 al 31.12.2022, la proroga del servizio è giustificata in forza di n. 3 determinazioni del responsabile dei servizi tecnici, Arabia. Nelle premesse alle tre determinazioni, in forza delle quali si affidava il servizio, si legge che l'affidamento del servizio di gestione alla società omissis è avvenuto a seguito di “*consono procedure di gara*”, non ulteriormente specificate e delle quali non vi sarebbero tuttavia evidenze documentali. In dettaglio, si tratta della determinazione n. 31 del 03.03.2021; della determinazione n. 95 del 15.04.2021 e della determinazione n. 86 del 29.03.2022. All'esito dell'esame delle risultanze istruttorie la Procura regionale ha ravvisato, in relazione ai fatti sopra esposti, un'ipotesi di responsabilità amministrativa nei confronti dei signori Arabia, Passano e omissis in danno del Comune di Deiva Marina, per ipotesi di danno erariale discendente da affidamenti di servizi pubblici illegittimi e privi di gara pubblica.

2. L'invito a dedurre, emesso in data 08/05/2023, veniva notificato ad ARABIA Paolo, in qualità di responsabile dell'area tecnica del Comune di

Deiva Marina, a Passano Sandra in qualità di responsabile dell'Area Finanziaria del Comune di Deiva Marina (SP) e ad omissis, in qualità di responsabile dell'Area Finanziaria del Comune medesimo. Quest'ultimo, tuttavia, con memoria del 12 Maggio 2023 aveva richiesto l'audizione personale, prot. 1580 del 12/05/2023, disposta con decreto n. 101/2023. All'esito dell'audizione medesima, svoltasi in data 24/05/2023 e della presentazione di deduzioni integrative, il requirente ha ritenuto di archiviare con proprio decreto, in data 22/12/2023, la posizione del signor omissis. I signori Arabia e Passano, invece, hanno esercitato, il primo personalmente, la seconda a mezzo dell'avvocato nominato per la fase preprocessuale, il diritto di accesso, autorizzato dalla Procura. Le deduzioni difensive di Arabia sono state presentate in data 29/07/2023, mentre in data 09/08/2023 sono pervenute le deduzioni della Passano. Nessuno dei due invitati ha chiesto l'audizione personale. La Procura regionale ha ritenuto che il compendio difensivo proposto dai due invitati non era sufficiente a modificare l'esito finale dell'istruttoria, con riferimento per l'appunto alle posizioni di Arabia e Passano e li ha citati in giudizio per il danno erariale pari a euro 36.769,60, in quanto emergerebbe in atti una reiterata e sistematica violazione della normativa in materia di contratti pubblici, in relazione alla mancata indizione di gare pubbliche, foriera del danno erariale indicato. Quest'ultimo andrebbe addebitato, secondo la prospettazione attorea, in via principale, a titolo di dolo, a Paolo Arabia (=euro 36.769,60); in via sussidiaria, a titolo di colpa grave, a Sandra Passano, responsabile *pro tempore* del servizio finanziario. Nelle ripartizioni interne, inoltre, il danno andrebbe ripartito per la Passano nel 20% dell'intero, per un importo di euro 7.353,92 e per l'Arabia nella restante misura

dell'80%. La Procura erariale, qualora poi il collegio non condividesse l'ipotesi di dolo addossata all'Arabia, nell'entità totale della somma, si è espressa nell'attribuzione delle percentuali suddette, ripartite tra i due, con responsabilità parziaria ovvero in una somma ritenuta di giustizia, risultando comunque sussistente il rapporto di impiego in ragione del quale si è verificato il comportamento pregiudizievole, il nesso di causalità tra l'evento lesivo e il comportamento dannoso posto in essere, con dolo ovvero con comportamento gravemente colposo, per sprezzante trascuratezza degli obblighi di servizio.

Per completezza delle notizie in fatto va subito rilevato che il procedimento penale, di cui si è fatto cenno sopra, attivato dalla Guardia di Finanza per i reati di cui agli artt. 353 e 479 c.p. nei confronti del Geom. ARABIA e degli altri partecipanti alla stesura e alla assunzione della Delibera di Giunta comunale n. 50/2017 ha formato oggetto di provvedimento di archiviazione in data 09 novembre 2018, per "infondatezza della notizia".

3. Con Memoria del 25 giugno 2024, i difensori del sig. ARABIA hanno chiesto l'assoluzione del proprio assistito con vittoria di spese, premettendo che la Procura avrebbe inopinatamente sostenuto che una qualsiasi violazione della normativa in materia di tutela della concorrenza riveli, sempre e comunque, l'esistenza di un danno economico, mentre in materia di contratti pubblici il danno erariale alla concorrenza non può ritenersi sussistere *in re ipsa*. Le regole sulla concorrenza sono poste, *in primis*, a garanzia dell'interesse dei concorrenti, mirando all'aggiudicazione a favore del migliore a parità di condizioni. Le regole sulla concorrenza inoltre sono finalizzate a escludere o limitare il rischio che la scelta ricada su un soggetto che non rappresenti il miglior esecutore sotto i diversi aspetti (tecnici e

finanziari) da prendere in considerazione. Il documento conseguente alla violazione delle regole non rappresenta, quindi, a parere dei difensori, al fine della sussistenza di una responsabilità erariale, un danno perseguibile, se non quando si traduca in un **danno concreto**, cioè in un pregiudizio effettivo arrecato al patrimonio dell'amministrazione.

Nel caso di specie l'ipotesi di pregiudizio, conteggiata dalla Procura con criteri statisticamente inconsistenti e utilizzando parametri economici decontestualizzati – a parere dei difensori – non legherebbe tuttavia con alcuna delle accuse avanzate nei confronti del Geom. Arabia, in quanto la Procura compirebbe una operazione fallace, di isolamento del “*costo annuale di manutenzione impianto*” dal contesto del costo complessivo delle proposte di efficientamento avanzate da omissis ai Comuni di Riccò del Golfo e di Pontremoli, così da poterlo confrontare col canone annuale di manutenzione applicato da omissis al Comune di Deiva Marina. Decontestualizzare in questo modo i dati, non permetterebbe una stima veritiera di ciò che il Comune di Deiva Marina avrebbe ipoteticamente e presuntivamente risparmiato ricorrendo ad una gara di affidamento. I difensori sostengono in proposito che il Comune, prima di tutto, non avrebbe potuto indire gara ad evidenza pubblica per il conferimento della sola manutenzione dell'illuminazione pubblica, poiché gli impianti che insistono sul suo territorio sono di proprietà di omissis e questa Società l'avrebbe senz'altro ostacolata, ricorrendo a contestazioni. In ogni caso, uno scenario in cui una Società concorrente di omissis si aggiudicasse la manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica di Deiva Marina avrebbe evidentemente provocato aspetti problematici: come farebbero ad esempio i tecnici di tale concorrente ad avere accesso alle cabine

di comando degli impianti, di proprietà di omissis? Si chiedono gli avvocati difensori! Il Comune, al limite, avrebbe dovuto preventivamente attuare una **procedura di riscatto** degli impianti di omissis (peraltro prevista dal R.D. 15.10.1925 e dal D.P.R. 4.10.1986, n. 902), e, una volta perfezionato l'acquisto della proprietà degli impianti stessi, indire la gara per la loro manutenzione. In proposito, va rammentato che tale procedura di riscatto è stata attuata solamente con delibera del Consiglio Comunale n. 3 del 13 aprile 2023. Ma per poter attivare una siffatta procedura occorreva inevitabilmente una **manifestazione d'indirizzo** da parte degli organi di governo del Comune: manifestazione che, nel caso di specie, non fu mai stata resa antecedentemente all'assunzione della citata Delibera di Consiglio Comunale n. 3 del 13.4.2023. Di tale omissione, però, a parere degli avvocati difensori, non può essere ritenuto responsabile un qualsiasi organo burocratico interno al Comune e tantomeno il geom. Arabia. I difensori aggiungono poi che il Comune di Deiva Marina, con Delibera di Giunta n. 50 del 23/12/2017, aveva approvato l'offerta di omissis, diretta alla manutenzione straordinaria, piuttosto che all'efficientamento energetico, degli impianti di pubblica illuminazione di proprietà della stessa omissis, attraverso la sostituzione di 290 corpi illuminanti, dietro un corrispettivo di € 125.660,00, comprensivo di IVA. La delibera fu assunta dando espressamente atto che gli interventi avrebbero potuto essere affidati *“utilizzando la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, in quanto rientrano tra quelli indicati nell'art. 63, comma II, lettera b), punto 3 del D.Lgs 18/04/2016, n. 50, che recita: «quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per le seguenti ragioni:*

(omissis); (omissis); *La tutela dei diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale*». La Giunta comunale, inoltre, motivava la decisione di non ricorrere ad un bando di gara anche sul rilievo che i punti luce di cui si prevedeva la sostituzione erano “*di proprietà di omissis, alimentati da numerose linee elettriche, non separabili, di proprietà della società omissis, la cui conduzione e manutenzione può essere effettuata solo dalla predetta società*”.

Tanto rappresentato, i difensori hanno sostenuto che la proposta di omissis al Comune di Pontremoli per la sostituzione e in seguito manutenzione di 2.200 impianti di illuminazione pubblica ammontava a € 7.038.150,35, oltre IVA, con ammortamento dell’investimento in 18 anni e durata del rapporto di 28 anni. La proposta di omissis al Comune di Riccò del Golfo per la sostituzione e in seguito manutenzione di 654 impianti di illuminazione pubblica ammontava a € 3.065.867,88, oltre IVA, con ammortamento del costo di intervento in 15 anni e con durata del rapporto di 30 anni. Il Comune di Deiva Marina ha invece deliberato **una parziale sostituzione degli impianti** (290 su 328) dietro il corrispettivo di € 103.000,00, oltre IVA, da ammortizzare in 9 anni.

Calcolando esclusivamente i costi delle opere di sostituzione degli impianti, maggiorate degli oneri finanziari applicati nelle offerte di omissis, secondo la difesa, si rinvencono i seguenti costi unitari: Offerta Comune di Pontremoli: investimento € 1.004.413,89 + oneri finanziari € 631.670,00 = € 1.636.083,89 : 2.200 punti luce = € 743,67 per punto luce; Offerta Comune di Riccò del Golfo: investimento € 432.445,95 + oneri finanziari € 183.109,00 = € 615.554,95 : 654 punti luce = € 941,22 per punto luce; Intervento Comune di

Deiva Marina: investimento € 103.000,00 : 290 punti luce = € 355,17 per punto luce). La Procura sosterebbe che, scaduta la convenzione del 2006 e rispetto alle asseritamente illecite proroghe del rapporto, **il Comune avrebbe subito comunque un danno**, atteso che, in base alla convenzione stessa, originariamente, il costo medio ed unitario per punto luminoso era di € 36,82, in ragione annua, mentre tale costo era stato incrementato nel 2016 a € 39,66, nel 2021 a € 40,10 e nel 2022 a € 40,15. In termini numericamente assoluti, secondo la difesa, ciò che sostiene la Procura sarebbe vero, ma tale prospettazione non tiene conto della **svalutazione monetaria**, la cui compensazione era espressamente prevista nella convenzione del 2006. Operando il calcolo della rivalutazione dell'importo di € 36,82, dal novembre 2006, si rilevano i seguenti dati: novembre 2016: € **42,20** (in luogo di € 39,66 di cui alla determina n. 85); aprile 2021: € **43,41** (in luogo di € 40,10 di cui alla determina n. 95); marzo 2022: € **45,44** (in luogo di € 40,15 di cui alla determina n. 86). Quanto affermato dalla Procura regionale perciò non sarebbe corretto: non si è verificato infatti un *“costante aumento del costo medio nel corso degli anni”*, se mai, al contrario, il costo unitario si è ridotto **in misura variabile progressiva di € 2,54, di € 3,31 e di € 5,29 per punto luce**. Scrive la Procura regionale nell'atto di citazione in giudizio come *“in questa sede non sia in contestazione la solidità della omissis bensì l'assenza di gara”*; cionondimeno, la Procura insisterebbe a definire la suddetta azienda *“diretto competitor di omissis”* e sosterebbe che *“la omissis sarebbe stata valutata non idonea, non sulla base [...] di una gara con relativa valutazione dell'offerta tecnica ed economica, bensì sulla base del mero convincimento del signor Arabia”*, e

così infine che “*il convincimento personale del signor Arabia abbia giustificato in toto l’assenza di gara*”.

In realtà per la difesa l’assenza di gara ha motivazioni ben diverse dal mero convincimento personale del Geom. Arabia circa l’affidabilità della Società omissis, ma soprattutto che l’Arabia **non aveva il potere di autonomamente indire** una gara per il conferimento di appalto di servizio di “*efficientamento energetico*”, diretto, in unico contesto, sia alla sostituzione integrale degli impianti di illuminazione pubblica del Comune di Deiva Marina, sia alla predeterminazione dei compensi per la somministrazione di energia elettrica e sia ancora alla manutenzione degli impianti. Non esiste un collegamento tra un ipotetico giudizio di inidoneità della omissis da parte del geom. Arabia e l’omessa indizione di gara, a meno che la stessa Procura, sostiene la difesa, non intenda dire che, se una gara fosse stata indetta, omissis avrebbe certamente ottenuto il conferimento dell’efficientamento energetico nel Comune di Deiva Marina, a discapito di chissà quanti e quali diversi concorrenti.

Quanto allo status di omissis quale *competitor* diretto di omissis, l’ipotesi non appare credibile, perché, in effetti, muovendo da un ipotetico conferimento di appalto di rilevante portata economica, i giudizi di affidabilità di un possibile concorrente devono necessariamente essere precisi e concordanti. A parere dei difensori, nell’esercizio dell’azione amministrativa, non è sufficiente valutare soltanto gli aspetti economici di una operazione, ma deve essere soprattutto adeguatamente valutata **l’affidabilità tecnica e finanziaria del contraente**.

Allora, a prescindere dalle convinzioni del geom. Arabia in merito alla società omissis, la difesa non riesce proprio ad accettare che l’asserito danno erariale

contestato possa trovare riscontro in due offerte avanzate da tale società - priva di patrimonialità e di capacità operativa (cfr. visura CCIAA, doc. n. 3), ma anche inconsistente sotto un profilo generale di affidabilità (cfr. bilanci, doc. n. 4) - a due **diversi** Comuni, peraltro a fronte di complesse operazioni.

Tuttavia, la difesa rammenta che l'azienda in questione si è limitata, nel novembre 2017, ad inviare all'indirizzo e-mail dei Servizi Tecnici del Comune di Deiva Marina, per conto di certa omissis, un messaggio contenente proposta "in bianco" di adeguamento dell'impianto di illuminazione pubblica (docc. n. 5 e n. 6). Dopodiché un consulente del Comune di Deiva Marina, su richiesta del Geom. Arabia, ha effettuato delle verifiche in merito a tale società, da cui è emerso uno scenario che non lasciava intravedere margini per una collaborazione. omissis infatti era stata costituita solo nel 2014, e aveva intrapreso attività solo nel 2015; aveva un capitale di soli € 10.000,00, interamente partecipato da certa omissis; risultava peraltro amministrata da certo omissis, in qualità di Amministratore di Sostegno dell'unica socia anzidetta; aveva approvato il bilancio chiuso al 31.12.2016 evidenziando ricavi per soli € 128.333,00, costo per salari e stipendi di € 20.844,00 (un solo dipendente?), **a fronte di debiti per € 344.274,00**. Una società quindi estremamente limitata nel personale, priva di patrimonio, inconsistente e con sede a omissis: come avrebbe potuto, date le difficoltà logistiche poste dal territorio di Deiva Marina, intervenire nel Comune di Deiva Marina medesimo per realizzare lavori di sostituzione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica? Si chiedono i difensori. I difensori rammentano sul punto che il Comune di Deiva Marina non è facilmente raggiungibile (dista 49 chilometri da La Spezia; 33 chilometri da Chiavari; da 25 a 31 chilometri da

Levanto; 22 chilometri da Sestri Levante). La località della ditta rispetto al Comune di Deiva Marina, quindi, rappresenta un criterio particolarmente rilevante in questo contesto, e il fatto che l'impresa omissis avesse sede in Deiva Marina ha favorito quest'ultima - in termini di maggiore economicità della proposta contrattuale - nell'ottenimento dell'incarico di manutenzione ordinaria degli impianti d'illuminazione pubblica di proprietà del medesimo comune. A parere della Procura regionale invece il rapporto tra il Comune di Deiva Marina e la ditta omissis andrebbe inquadrato in un appalto di servizi di *manutenzione straordinaria*.

La difesa ha sottolineato poi un aspetto particolarmente rilevante: **laddove si pensava che si potessero fare, le gare di appalto si sono tenute nel Comune di Deiva Marina, e segnatamente sono state disposte ed organizzate dal geom. Arabia**. La gara indetta con invito 11 settembre 2020, prot. 6685, porta infatti la firma dell'Arabia. A prescindere da quest'ultima affermazione la difesa contesta l'affermazione della Procura secondo la quale la gara indetta con l'avviso di cui sopra avesse per oggetto la "*manutenzione straordinaria*" della rete di illuminazione pubblica di proprietà comunale mentre la lettera commerciale 10/12/2020 (doc. n. 7), prot. 9910, di conferimento del servizio, all'art. 6 (espressamente intitolato "*esecuzione lavori ordinari*") elenca gli interventi oggetto del servizio stesso che **fanno tutti capo ad una manutenzione ordinaria**, ottenuti peraltro ad un prezzo assai conveniente, a parere dei difensori (si tratta di 449 punti luce, ed è stato aggiudicato per l'importo € 36.822,00 al netto degli oneri per la sicurezza (€ 1.000,00) e così per € 37.822,00. Detta somma, maggiorata di € 8.320,84 per I.V.A. nella misura del 22%, determina un importo complessivo, triennale, di € 46.142,84,

corrispondente ad €. 15.380,94 in ragione annua). E' evidente – secondo i difensori – che gli interventi di manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica stradale hanno invece dei costi ben superiori a quelli relativi agli impianti presenti negli immobili di proprietà o utilizzati dal Comune e, soprattutto, alla manutenzione delle luci votive cimiteriali, ma anche trascurando tale rilievo, il costo manutentivo annuo per ciascun centro luce ammonterebbe ad €. 36,25. In tale importo, peraltro, non è compreso il costo di acquisto delle lampade esaurite, costo che è rimasto a carico del Comune.

Concludono escludendo quindi la sussistenza di alcun danno erariale nel caso di specie o comunque la sua totale indimostrazione.

Quanto al dolo i difensori osservano espressamente che la modifica introdotta dal comma 1 dell'art. 21, d.l. 76/2020, non estemporanea, bensì a regime, aggiunge un secondo periodo all'art.1, comma 1, della legge n. 20/1994, stabilendo che “La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso”. La Relazione illustrativa precisa che la finalità della modifica è quella di chiarire che “il dolo va riferito all'evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica”.

La norma così modificata, aggiungono, equipara il dolo alla nozione penalistica di cui all'art. 43 c.p., ovvero quando l'evento dannoso è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione al fine di arrecare un danno alla pubblica amministrazione, e non più alla tradizionale figura di dolo civilistico, secondo cui si verifica il dolo allorquando il dipendente pubblico abbia consapevolmente adottato un comportamento *contra legem*, senza, necessariamente, commettere eventi dannosi e pregiudizievoli al patrimonio pubblico. Inoltre, il dolo in chiave penalistica è

costituito dalla componente della “rappresentazione”, che consiste nella pianificazione dell’azione od omissione volta a creare l’evento dannoso; e dalla “risoluzione”, cioè dalla decisione di realizzare effettivamente lo sforzo esecutivo del piano, per giungere alla realizzazione del fatto dannoso o pericoloso.

Ora, a parere dei difensori, la novella legislativa imposta dall’art. 21 del d.l. 76/2020 costituisce un’interpretazione autentica che interviene nel dibattito giurisprudenziale, incidendo sul riparto degli oneri probatori, ponendo a carico della Procura contabile l’onere di provare la volontà delle conseguenze dannose, derivanti dalla consapevole violazione delle obbligazioni gravanti sul funzionario pubblico. E, nella fattispecie, non si comprenderebbe la ragione secondo la quale la Procura, pur avendo citato il predetto articolo di legge, non lo ritenga applicabile al caso di specie. Non certo si può ragionevolmente affermare che la nuova disposizione troverebbe applicazione solo all’ipotesi di azione positiva, mentre non sarebbe applicabile in presenza di una mera omissione. L’art. 1 della legge 14/01/1994, n.20, come modificata dalla disposizione sopra richiamata, prevede che *“la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l’insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali. La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell’evento dannoso”*.

Quindi, con riferimento alle ipotesi di contestata responsabilità erariale dolosa, la Procura ad avviso dei difensori avrebbe dovuto fornire la prova della specifica determinazione volitiva di arrecare l’evento dannoso. Nel caso di

specie tale prova non è stata fornita, neppure sotto un profilo presuntivo. Il dolo del geom. Arabia, a prescindere da quanto affermato in atto di citazione, deve essere escluso, ove si tenga conto dei seguenti rilievi: gli organi di governo del Comune, come documentalmente attestato, erano convinti del fatto che non si potesse conferire ad un soggetto terzo la gestione ordinaria degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà di omissis, tant'è che tale convinzione era stata ribadita nella già citata delibera di G.C. n. 50 del 2017; la stessa convinzione era maturata in capo al geom. Arabia; convinzione che, poi, era stata avallata dalla predetta delibera; nel momento in cui, poi, il Comune di Deiva Marina aveva affidato ad omissis l'appalto di manutenzione straordinaria degli impianti, mediante la sostituzione di 290 punti luce (peraltro con apparecchiature coperte da privativa industriale di omissis), con la prospettiva di un *“risparmio energetico/manutentivo derivante dall'ammodernamento delle lampade”* secondo un apposito quadro economico offerto dalla stessa omissis, è parso imprescindibile che gli oneri manutentivi venissero confermati in capo a quest'ultima società. Elemento di conferma della corretta convinzione di utilizzare i servizi della omissis emergeva peraltro dal riscontro operativo dei Comuni limitrofi a quello di Deiva Marina, che continuavano a confermare a favore di omissis gli incarichi del servizio di gestione degli impianti di illuminazione.

Ha sostenuto la Procura che *“l'assenza di gara è una situazione conclamata nel tempo e perpetrata attraverso un comportamento complessivo, consapevole e reiterato, non certamente frutto di una occasionale negligenza”*. L'affermazione della Procura a parere della difesa è apodittica.

L'assenza di gara conseguirebbe da un'omissione (cioè un'azione dovuta non

compiuta) e, quindi, non potrebbe dipendere da un “*comportamento*” (salvo non si voglia ancora oggi sposare la superata teoria dell’*aliud agere*, che rinveniva l’essenza dell’omissione nell’agire in modo diverso rispetto a quel che si dovrebbe), e l’omissione, sebbene possa spiegare effetti duraturi nel tempo, concettualmente non sarebbe suscettibile di reiterazione. La Procura ha affermato che il dolo in capo al geom. Arabia sarebbe da rinvenirsi nella consapevolezza di dover tenere una gara competitiva che egli non ha tenuto. Ma, per quanto sopra specificato, il dolo rilevante ai fini dell’accertamento della responsabilità erariale va ricondotto alla volontà e consapevolezza di procurare il danno.

Di per sé, quindi, la conoscenza della norma di legge asseritamente violata non rappresenta nulla, ove non emerga la determinante prova della volontà di attuare un evento di danno per l’amministrazione. In altre parole, ove anche il funzionario pubblico sia consapevole di dover tenere una determinata condotta, ma non la tenga nella ragionevole convinzione che le conseguenze dell’omissione non siano tali da arrecare pregiudizio all’amministrazione, non sussiste ipotesi di responsabilità erariale.

I difensori poi precisano che la deliberazione di Giunta Comunale n. 50 del 2017, avente ad oggetto il conferimento a omissis della manutenzione straordinaria di 290 impianti di illuminazione pubblica di sua proprietà, fu tacciata di illegittimità per turbativa (art. 353 bis c.p.) e falsità ideologica (art. 479 c.p.). Ovviamente tali imputazioni discendevano dall’aver omesso una gara competitiva di affidamento dell’appalto e dall’aver dato per acclarato che l’appalto necessariamente avrebbe dovuto essere assegnato a omissis in quanto

proprietaria degli impianti. **Il procedimento penale, però, è stato archiviato per “infondatezza della notizia”, fin dal novembre 2018 .**

La difesa conclude perciò nella richiesta di assoluzione nel merito.

4. La signora Passano ha prodotto memoria anch'essa in data 25 giugno 2024, nella quale ha **preliminarmente eccepito e in via principale la prescrizione dell'azione**, essendo il *dies a quo* della medesima, decorrente dalla Deliberazione della Giunta Comunale di Deiva Marina n. 50 del 23.12.2017, avente a oggetto “IMPIANTI DI ILLUMINAZIONE PUBBLICA DI PROPRIETA’ omissis: SERVIZIO DI MANUTENZIONE STRAORDINARIA ED EFFICIENTAMENTO ENERGETICO NEL COMUNE DI DEIVA MARINA” (cfr. pagina 5, notizia di danno n. 577/2018 del 18.07.2018, promossa dalla Guardia di Finanza – Nucleo di Polizia Economico-Finanziaria della Spezia – Sezione Tutela Economia).

È in detta sede, infatti, che veniva rilevato come *“lo stato di promiscuità elettrica e meccanica in cui versano i n. 290 punti luce presenti sul territorio di proprietà della omissis s.r.l. fa sì che soltanto quest'ultima società possa condurli e mantenerli”*; la stessa delibera proseguiva poi dando atto che gli interventi *de quibus* potevano essere affidati utilizzando la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara in quanto rientranti nel novero di quelli indicati all'art. 63 co. 2 lett. b), punto 3) D.lgs. 50/2016, norma che tanto consentiva *“quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: [...] la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale”* e che, secondo il testo della citata delibera, trovava aderenza al caso di specie in quanto si andava ad intervenire su impianti di proprietà

esclusiva di omissis s.r.l. e con l'utilizzo di apparecchiature brevettate dalla stessa società.

Qui, ancora, veniva indicato l'importo complessivo dell'intervento in contestazione, pari ad €125.660,00 (IVA compresa) da riconoscersi ad omissis attraverso il pagamento di un canone annuale per complessivi anni nove, da cui l'importo annuo di €13.726,08, assunto a base delle operazioni di calcolo del presunto danno erariale e confrontato con i preventivi della omissis s.r.l.

Non v'è chi non veda, a parere della difesa, come il danno in contestazione (asseritamente derivato dalla mancata indizione di una procedura ad evidenza pubblica) origini dalla succitata deliberazione di Giunta del 23.12.2017. È infatti quella, e soltanto quella, la sede in cui - secondo la censurabile opinione della Guardia di Finanza condivisa dalla Procura - l'amministrazione comunale avrebbe dovuto prendere le distanze dal cronicizzato meccanismo di proroga tacita del servizio in dibattito, prediligendo la via della procedura ad evidenza pubblica in luogo dell'affidamento successivamente disposto in favore di omissis s.r.l. La Procura erariale ai fini della determinazione del danno erariale procede *“attraverso la comparazione dei prezzi praticati da aziende del settore per lo stesso servizio nel periodo considerato (2018-2022). [...] il punto di partenza del calcolo è l'omissione della gara”* (cfr. pag. 21 invito a dedurre).

All'atto della sottoscrizione dei mandati di pagamento, la Sig.ra Passano si limitava a dare esecuzione a un contratto già in essere, quando ormai l'asserito danno alla concorrenza e il connesso danno erariale si sarebbero concretizzati.

Peraltro, fermo restando che non è dato comprendere il diverso atteggiamento che avrebbe dovuto osservare la deducente (disertando la sottoscrizione dei

mandati di pagamento avrebbe infatti dato luogo a inadempimento contrattuale, e per certo tra i suoi poteri non vi era quello di interrompere il contratto in corso d'esecuzione al fine di indire una procedura ad evidenza pubblica in favore di un diverso operatore) è altresì pacifico che l'affidamento in contestazione prevedesse *ab origine* una durata complessiva di nove anni; pertanto, secondo la difesa, il caso di specie coinciderebbe perfettamente con l'ipotesi di illecito istantaneo - al più, con effetti permanenti. Su questo punto ha citato giurisprudenza conforme della Corte dei conti. (Cfr., Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Sicilia, sentenza n. 164/2020; Corte dei Conti Sez. II App., Sent., 17-06-2019, n. 216; Corte dei Conti Trentino-Alto Adige Sez. giurisdiz., sentenza 20/05/2005, n. 53). Calando il principio nel caso di specie si ricaverebbe appunto che, non soltanto la sig.ra PASSANO sottoscriveva i contestati mandati di pagamento al fine di non incorrere in ipotesi di inadempimento contrattuale (nel qual caso si potendo dar luogo a danno erariale a fronte della prevedibile pretesa risarcitoria di controparte), ma per l'appunto il contratto in essere con omissis stava come previsto dispiegando i suoi effetti, originariamente stabiliti per la durata di nove anni, cosicché la Sig.ra Passano non avrebbe avuto alternativa se non quella (peraltro di difficile prospettazione e di ancor più difficile realizzazione) di forzare l'amministrazione comunale a modificare il rapporto patrimonialmente pregiudizievole ormai perfezionato con altro e diverso rapporto.

Da ultimo, rileva la difesa, che nemmeno è possibile richiamare il principio per cui in caso di occultamento doloso del danno, la prescrizione dovrebbe decorrere dalla data della sua scoperta. Difatti, in disparte ogni considerazione in tema di elemento soggettivo, anche a voler (erroneamente) ritenere

sussistente un'ipotesi di occultamento doloso del danno nel caso di specie, resta il dato, inconfutabile, per cui la scoperta dell'asserito danno si appalesava agli operanti sostanzialmente "in diretta", stante il perdurare delle intercettazioni telefoniche per tutta la fase genetica prima e realizzativa poi della delibera di Giunta n. 50 del 23.12.2017.

Per tutti questi motivi, non essendo intervenuti atti interruttivi della prescrizione fino alla data di emissione e notifica dell'invito a dedurre ed essendo nelle more decorso il termine quinquennale di prescrizione di cui all'art. 66 del Codice di Giustizia Contabile, la difesa ha chiesto di rigettare la domanda proposta dalla Procura Regionale per intervenuta prescrizione.

Inoltre la difesa eccepisce la **illegittimità della trasmigrazione delle intercettazioni telefoniche dal procedimento penale a quello**

amministrativo-contabile: la trasmigrazione delle intercettazioni ex artt. 266 e ss. c.p.p. dal codice di procedura penale deve ritenersi inammissibile e lesiva

di principi costituzionali, tenuto anche conto che il procedimento penale nell'ambito del quale venivano disposte le menzionate intercettazioni veniva

prontamente archiviato in sede di indagini preliminari, con la conseguenza che la ricorrente in detta sede non era ammessa a sollevare rilievi in ordine alla

legittimità delle intercettazioni e neppure aveva contezza che le stesse fossero state espletate. Per queste ragioni, si chiede che venga rifiutata la prova delle

intercettazioni in parola con la conseguenza che in assenza delle stesse non vi è prova dell'elemento soggettivo. Ha concluso chiedendo: in via principale,

rigettare per intervenuta prescrizione la domanda proposta dalla Procura regionale e, per l'effetto, assolvere la sig.ra Sandra Passano da qualsivoglia

addebito; - in subordine, rigettare per infondatezza la domanda proposta dalla

Procura regionale e mandare assolta la ricorrente per mancanza dell'elemento oggettivo; - in ulteriore subordine, rigettare per infondatezza la domanda proposta dalla Procura regionale e mandare assolta la ricorrente per mancanza dell'elemento soggettivo; - in via ulteriormente subordinata, dichiarare inutilizzabili le intercettazioni dedotte in giudizio dalla Procura e per gli effetti mandare assolta la ricorrente da qualsiasi addebito in assenza di prove circa l'elemento soggettivo della colpa grave; - in estremo subordine, mandare assolta la ricorrente per difetto dell'elemento soggettivo, quantomeno in ordine al periodo compreso tra luglio 2020 e ottobre 2020; - in via gradata e salvo gravame, nell'esercizio del potere riduttivo nella sua massima estensione, ridurre l'addebito posto a carico della convenuta; - in ogni caso, con vittoria di spese di giudizio, diritti ed onorari.

5. All'odierna udienza pubblica, le parti resistenti e la Procura giuscontabile, come costituite a rappresentate alla pubblica udienza, hanno ribadito i propri atti scritti e le richieste e conclusioni ivi rassegnate. Il PM d'udienza ha preliminarmente ritenuto di contenuto offensivo alcuni passi della Memoria presentata per il geom. ARABIA dall'avv. DI SIBIO, chiedendo un ordine di rimozione con inoltro della segnalazione al Consiglio dell'Ordine; l'avvocato DI SIBIO, presente, ha replicato escludendo asseritamente una intenzione di tipo offensivo nei confronti della Procura e che le frasi utilizzate, ritenute censurabili dal PM, fossero mere espressioni di stile e non fossero in realtà rivolte alla Procura ma a se medesimo.

La causa è stata quindi trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Circa la questione preliminare avanzata in pubblica udienza dal

rappresentante del pubblico ministero non vi è luogo a provvedere, ritenendo

il Collegio esaustiva e non altrimenti contestata la giustificazione

dell'avvocato difensore in udienza.

2. In via preliminare, va delibata l'eccezione di prescrizione, formulata dalla

difesa della signora PASSANO, che la fa decorrere dalla data della delibera

del Comune di Deiva Marina n. 50 del 23.12.2017.

Come già rimarcato dalla Procura regionale in citazione, tale delibera qui non

è in contestazione, riservandosi la Procura ogni eventuale ulteriore azione sulla

stessa, ma è stata richiamata esclusivamente ai fini di corroborare l'elemento

psicologico degli odierni convenuti.

Ciò premesso, l'eccezione ribadita dalla difesa PASSANO in giudizio, è

infondata.

L'articolo 1, comma 2, L. 20/1994, stabilisce che *"il diritto al risarcimento del*

danno si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si

è verificato il fatto dannoso, ovvero in caso di occultamento doloso del

danno, dalla data della sua scoperta". Per consolidata giurisprudenza

contabile (cfr. Corte dei conti, SS.RR. n. 7/2000/QM, n. 5/2007/QM, n.

14/2011/QM) il *dies a quo* del termine prescrizione va individuato, quindi,

in via generale, nella data del pagamento (o di ciascun pagamento o esborso in

caso di pagamenti frazionati o periodici), perché solo da questo momento si ha

un danno effettivo, dotato delle necessarie caratteristiche di attualità e

concretezza, in quanto azionabile (art. 2935 c.c.); in questo momento preciso

sorge l'interesse ad agire del pubblico ministero per il risarcimento del danno,

salvo l'eventuale 'occultamento doloso'.

Nel caso all'esame, risulta dagli atti che la notizia di danno è pervenuta al PM

giuscontabile in data 20 Luglio 2018, con l'apposito Rapporto della G.d.F., in atti. È da questo preciso momento, pertanto, che la Procura regionale ha avuto contezza e conoscenza dell'illecito erariale ed è da questo momento che il diritto al risarcimento del danno può essere fatto valere in giudizio. Risulta altresì in atti che gli odierni citati sono stati raggiunti dalla notifica dell'invito a dedurre, con contestuale atto di messa in mora e interruzione di ogni prescrizione, nel mese di Maggio 2023. L'azione esercitata dalla Procura erariale, pertanto, è evidentemente tempestiva.

3. Ancora preliminarmente occorre delibare l'ammissibilità delle intercettazioni telefoniche disposte nel procedimento penale n. 2011/18/21. Al riguardo si noti che, ferma restando l'autonomia del giudizio giuscontabile in relazione a quello penale, non può trascurarsi come l'intera vicenda di cui trattasi origini da un'attività di indagine, confluita nel procedimento penale n. 2011/18/21, iscritto a carico (anche) degli attuali citati, per le ipotesi di reato ex artt. 353 bis (turbata libertà del procedimento di scelta dei contraenti) e 479 (falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici) del codice penale, procedimento in relazione al quale risulta essere stata disposta l'archiviazione, in data 09.11.2018, per **infondatezza della notizia di reato**.

Questo dato storico, che, evidentemente, non può essere pretermesso ai fini della valutazione dell'elemento psicologico da ascrivere - secondo un giudizio *ex ante* - in capo ai citati in giudizio per responsabilità amministrativo-contabile, assume, a parere del Collegio, una portata determinante, non avendo ravvisato la Procura della Repubblica presso il Tribunale di La Spezia, all'interno degli atti di indagine, nemmeno quel **minimo grado di fondatezza idoneo a sostenere l'accusa in giudizio**.

Peraltro, la difesa ha eccepito la illegittimità della trasmigrazione delle intercettazioni telefoniche dal procedimento penale a quello amministrativo-contabile. Il Collegio ritiene condivisibile l'assunto della difesa.

I risultati delle intercettazioni telefoniche ed ambientali disposte nell'ambito di un procedimento penale, in via generale, non possono essere utilizzati in **procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti**, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, nel qual caso, nel giudizio di bilanciamento avente a oggetto principi costituzionali contrapposti, l'art. 15 della Costituzione cederebbe il passo all'esigenza dell'Ordinamento di reprimere con vigore i delitti gravissimi presi in considerazione dalla norma del codice di procedura penale. La trasmigrazione delle intercettazioni ex artt. 266 e ss. del codice di procedura penale deve ritenersi, in linea di massima, inammissibile e lesiva degli artt. 15, 24 e 111 della Costituzione, nonché dell'art. 4 del codice di giustizia contabile. Tanto premesso, tenuto conto che il procedimento penale nell'ambito del quale venivano disposte le intercettazioni *de quibus* veniva archiviato in sede di indagini preliminari, con la conseguenza che i convenuti in questa sede giuscontabile né sono stati ammessi a sollevare rilievi in ordine alla legittimità delle intercettazioni medesime e neppure potevano averne contezza, in quanto non sapevano che le stesse fossero state espletate, i risultati delle medesime (qualsiasi contenuto essi abbiano), considerato – si ripete – che lo stato del procedimento penale si è arrestato in una fase genetica, precludendo la possibilità di azionare detti diritti e di espletare qualsiasi difesa da parte dei citati, ritiene conclusivamente il Collegio che la prova delle intercettazioni penali, siccome offerte in comunicazione dalla Procura Regionale, non possa

assumere in questo processo giuscontabile valenza di prova presuntiva nei confronti degli odierni citati, onde farne discendere la sussistenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa grave, non essendovi in atti altre evidenze probatorie, neppure indizi, chiari precisi e concordanti, dedotti da altre fonti (*aliunde*), idonei a suffragare l'accusa della Procura regionale di comportamenti dolosi e/o gravemente colposi in capo agli odierni citati in giudizio. Da ciò discende evidentemente che in assenza di dette risultanze probatorie, non vi è prova in atti dell'elemento soggettivo ascrivibile agli odierni citati.

4. Quanto precede già basterebbe per una pronuncia assolutoria. Tuttavia, il Collegio ritiene necessario, nel merito, vagliare anche la sussistenza di un danno erariale alle casse del Comune di Deiva, in una vertenza in cui, da un punto di vista generale, la base e la motivazione del ragionamento della Procura regionale, dal quale si propaga l'intero impianto accusatorio, sembra rinvenirsi nel contesto del Comunicato del Presidente ANAC del 14 settembre 2016, in atti.

In esso, segnatamente, viene sostenuto che: *“Le circostanze che omissis sia proprietaria di parte degli impianti e che si configuri un potenziale risparmio economico nell’adesione alle proposte della stessa omissis – i.e. cessione degli impianti previo ammodernamento e adeguamento degli stessi e per l’assenza di spese a carico del Comune per onorari legali, perizie, dismissione degli impianti, progettazione e direzione lavori da affidare all’esterno – non possono giustificare tale modalità di affidamento diretto del servizio”*, giungendo così a concludere nel senso che *“Per le gestioni in essere occorre che le amministrazioni comunali procedano all’affidamento del servizio di*

pubblica illuminazione mediante procedure ad evidenza pubblica, previa determinazione del valore degli impianti e acquisizione del titolo di proprietà in capo alle rispettive amministrazioni mediante riscatto degli impianti di pubblica illuminazione (disciplinata, ad oggi, dagli artt. 1, 24 e 25 del R.D. 2578/1925 e dagli artt. 8 e ss. D.P.R. 902/1986); ciò anche al fine di scongiurare il mantenimento di posizioni di mercato anticoncorrenziali che potrebbero discendere dall'impiego, nel servizio di ammodernamento, di apparecchiature brevettate (i.e. Archilede) che possono successivamente incidere sulle gare di manutenzione degli stessi impianti". Ciò premesso, sembra tuttavia necessario anzitutto premettere che ANAC, nel vigente quadro normativo interno, non ha un generale potere interpretativo ad efficacia *erga omnes*.

Gli atti da questa emanati, aventi la forma di semplici "comunicati", seppure autorevoli, per pacifica giurisprudenza amministrativa, possono senz'altro essere disattesi e non applicati dalla stazione appaltante. Nel nostro sistema costituzionale, infatti, l'interpretazione delle leggi e la risoluzione delle singole controversie (in materia d'appalti e, più in generale, di contrattualistica pubblica) sono demandate esclusivamente all'autorità giurisdizionale amministrativa, vale a dire che il giudice amministrativo è l'unico soggetto dell'Ordinamento deputato a risolvere i contenziosi, applicando la propria funzione ermeneutica del diritto. Senza voler affrontare tale tematica *funditus*, che non è questa la sede, per quello che qui interessa, va senz'altro affermata la natura di **meri pareri** dei comunicati del Presidente dell'ANAC, privi, in generale, di qualsivoglia efficacia vincolante per le stazioni appaltanti, trattandosi di meri opinamenti inerenti l'interpretazione della normativa in

tema di appalti.

Come noto, il Codice degli appalti, pubblici approvato con D.lgs. 50 del 2016, ha previsto per la relativa attuazione, in completa rottura rispetto al sistema precedente, non più un'unica fonte regolamentare avente forma e sostanza di regolamento governativo bensì una pluralità di atti, di natura eterogenea, tra cui, per quello che qui interessa, le **linee guida approvate dall'ANAC**. Tali linee guida, costituendo una novità assoluta nella contrattualistica pubblica, si distinguono in **vincolanti** (vedi ad es. art. 31 comma 5, D.lgs. 50/2016) e **non vincolanti**, quest'ultime invero molto più frequenti e, come non ha mancato di precisare, condivisibilmente, la difesa della signora Passano, "... *assimilabili - secondo una tesi - alla categoria di stampo internazionalistico della c.d. "soft law"* (Consiglio di Stato parere n. 1767 del 2 agosto 2016) oppure - seconda altra opzione - alle circolari intersoggettive interpretative con rilevanza esterna, operando il Codice appalti un rinvio formale alle linee guida (es. art. 36 comma 7, D.lgs. 50/2016)."

Diversamente dalle linee-guida, per la cui formazione è previsto un percorso procedimentalizzato e partecipato (vedi art. 213 comma 2 D.lgs. 50 del 2016) – nel solco, del resto, degli stessi principi affermati dalla giurisprudenza in tema di esercizio di poteri di tipo normativo o regolatorio da parte di Autorità Indipendenti, quali, ad esempio, Consiglio di Stato, sez. atti normativi, 6 febbraio 2006; T.A.R. Lombardia Milano, 4 febbraio 2006, n. 246 – i **comunicati** del Presidente dell'ANAC sono dunque **pareri atipici e privi di efficacia vincolante per la stazione appaltante e gli operatori economici**. (Cfr., ex multis, Ord. T.A.R. Umbria, Sez. I, 31 maggio 2017, n. 428).

Tanto premesso, stante perciò il grado di cogenza minimo di tale fonte, il Collegio ritiene anzitutto non possano ravvisarsi gli estremi per ritenere *contra legem* i comportamenti osservati, in fattispecie, dai signori ARABIA e PASSANO, in base alle rispettive competenze, per quanto attiene in particolare alla valenza propria dei comunicati del presidente Anac.

In altre parole, l'amministrazione non aveva alcuna preclusione di legge ad operare nei modi in cui, in effetti, ha operato, posto che il richiamo alla procedura di cui all'art. 63 D.lgs. 50/2016, come compiuto nel contesto della deliberazione della Giunta comunale n. 50 del 23.12.2017, appare del tutto aderente allo stato di fatto in cui versava l'impianto di illuminazione pubblica di Deiva Marina e alle specificità della proposta avanzata da omissis.

Invero, come si rinviene nel corposo impianto motivazionale della citata delibera, l'amministrazione comunale si premurava di sviluppare l'operazione in piena aderenza al dettato normativo. Si legge, infatti, che: *"gli interventi in oggetto possono essere affidati utilizzando la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, in quanto rientrano tra quelli indicati nell'art. 63, comma 2, lettera b), punto 3) del D.Lgs 18/04/2016 n° 50, che recita: "b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: 1) (omissis); 3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi diritti di proprietà intellettuale. considerando che si interviene su impianti di proprietà esclusiva di omissis e che si utilizzerebbero apparecchiature di cui brevetto industriale è titolare la stessa omissis; RITENUTO che tale fattispecie sia applicabile nel caso in questione tenuto conto anche dei seguenti fattori: • i punti luce, di cui si prevede la sostituzione, sono di proprietà di omissis, alimentati da numerose*

*linee elettriche, non separabili, di proprietà della omissis, la cui conduzione e manutenzione può essere effettuata solamente da detta società; • non è prevista alcuna modifica né alcun vincolo in relazione alla fornitura di energia elettrica, e i relativi contratti di approvvigionamento resteranno di esclusiva discrezione dell'Amministrazione Comunale; • l'accoglimento della proposta omissis non pregiudica né vincola l'Amministrazione nella sottoscrizione di futuri contratti per la fornitura di energia elettrica e la manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione di proprietà Comunale con soggetti terzi; • futuri nuovi contratti svincolati dal rapporto con omissis potranno garantire ulteriori contenimenti della spesa;” ... (Cfr. pag. 4 delibera di giunta comunale n. 50 del 23.12.2017). A parere del Collegio, la norma consentiva, in ragione delle particolarità del caso di specie, quanto deliberato dall'amministrazione comunale. Il contenuto della delibera *de qua*, appare pertanto del tutto legittimo.*

Il parere espresso per mezzo del comunicato del presidente Anac, già richiamato, non risultava infatti affatto vincolante per l'Amministrazione, che era libera di disattenderlo – pur sempre operando nel rispetto del Codice Appalti allora vigente e in considerazione delle **peculiarità del luogo**, della **proprietà delle strutture** e della **economicità delle operazioni**. Lo stato dei fatti, in relazione anche a quanto risulta essere stato fatto, in procedure del tutto analoghe, nei Comuni limitrofi (=Comune di Moneglia, Vernazza, Bonassola, Levanto, Monterosso, Riomaggiore, Casarza L. e Castiglione C.se), concorreva ad indurre l'Amministrazione **a proseguire in buona fede nell'iter contestato**, conformandosi, appunto, alle modalità di affidamento prescelte dalle altre Amministrazioni della zona. Alla luce delle precitate considerazioni

non sembra al Collegio che sussista in fattispecie neppure l'elemento oggettivo posto a fondamento dell'asserito danno erariale o, perlomeno, il supposto danno non appare provato; e ciò sia che si abbia riguardo a lavori di ordinaria o di straordinaria manutenzione degli impianti elettrici del Comune di Deiva Marina.

Da una generale valutazione degli atti di causa, unita alle rilevazioni in materia emergenti *on line*, si ricava agevolmente che i Comuni più prossimi a quello di Deiva Marina hanno regolato la manutenzione degli impianti elettrici, con i relativi costi e le società affidatarie: i dati relativi sono stati ricavati dagli Albi Pretori *on-line* dei singoli Comuni e danno luogo ad alcune significative evidenze: 1) non sembra esserci affatto la presenza di omissis tra gli affidatari dei servizi; 2) c'è invece la presenza massiccia di omissis; 3) si riscontrano valori unitari relativi ai servizi, sostanzialmente conformi a quelli pagati dal Comune di Deiva Marina. In particolare, il Comune di Riccò del Golfo (uno dei Comuni presi a raffronto dalla Procura regionale), **che evidentemente ignorò l'offerta di omissis**, nell'ottobre 2022, ha deliberato il riscatto di 595 impianti di proprietà di omissis; nell'ottobre 2023 ha, attraverso una gara, affidato ad omissis il servizio di manutenzione ordinaria degli impianti, per due anni e dietro il corrispettivo complessivo di €. 53.138,32, IVA compresa; ha, quindi, affidato il servizio al prezzo unitario annuale, per punto luce, pari ad €. 44,65 (€. 53.138,32 : 2 : 595). Il Comune di Riccò del Golfo, quindi, nonostante l'offerta di omissis e nonostante il ricorso ad una gara, paga oggi un prezzo unitario del servizio di gestione ordinaria degli impianti di illuminazione, superiore a quello versato dal Comune di Deiva Marina (€. 44,65 in luogo di €. 40,10). Dette risultanze dimostrerebbero come **non si**

possa oggettivamente dare credito ad una impresa che formuli offerte “sotto costo”, ma che non mostri caratteristiche societarie e finanziarie che garantiscano l’esatto adempimento alle obbligazioni quotate; come non possa oggettivamente paragonarsi la quotazione di un determinato servizio con la quotazione dello stesso servizio offerta, però, nell’ambito di una operazione commerciale generale, complessa ed economicamente molto più appetibile; come non si possano oggettivamente proporre, come termine di paragone di natura essenzialmente presuntiva, **due sole offerte economiche, estrapolate dalle altre**, peraltro, numericamente molto distanti, **avanzate da un solo soggetto**, trascurando invece la ricerca di modalità operative di altri imprenditori; soprattutto, si ritiene, non si possano prendere in considerazione offerte contrattuali non accettate dal destinatario e, quindi, non sfociate nel perfezionamento di un contratto, giacché soltanto tale rilievo è un evidente sintomo dell’inadeguatezza economica delle offerte stesse o dell’imprenditore che le propone.

In ogni caso, definitivamente, tali proposte non sembrano poter oggettivamente costituire un metro di paragone ai fini della determinazione di un danno erariale, che nel caso di specie appare perciò del tutto indimostrato. Appare peraltro evidente invece una azione amministrativa coerente e tesa a privilegiare aspetti di economicità e di efficienza.

Infine, sembra al Collegio che si voglia giustificare l’esistenza di un **nesso causale** tra l’omissione delle gare e un asserito pregiudizio economico, riferendosi alla generale categoria del “danno alla concorrenza per illegittima pretermissione del confronto concorrenziale”. La tesi prospettata, presupporrebbe (erroneamente) la sussistenza di un danno *in re ipsa*, tuttavia

non ipotizzabile in fattispecie. Infatti, non sempre e comunque in presenza di una violazione delle norme sulla concorrenza si verifica un danno, certo, attuale ed economicamente valutabile. Ai fini della responsabilità amministrativo-contabile, il danno deve necessariamente essere provato, non potendosi ricorrere a generiche affermazioni di principio, prive di elementi probatori.

Va in proposito rammentato ancora e ulteriormente sottolineato che la deliberazione di Giunta Comunale n. 50 del 2017, avente ad oggetto il conferimento a omissis della manutenzione straordinaria di 290 impianti di illuminazione pubblica di sua proprietà, fu tacciata di illegittimità per turbativa (art. 353 bis c.p.) e falsità ideologica (art. 479 c.p.). Ovviamente tali imputazioni discendevano dall'aver omesso una gara competitiva di affidamento dell'appalto e dall'aver dato per acclarato che l'appalto necessariamente avrebbe dovuto essere assegnato a omissis in quanto proprietaria degli impianti. **Il procedimento penale, però, è stato archiviato per "infondatezza della notizia" fin dal novembre 2018** e questo preciso fatto storico non può essere assolutamente obliterato, laddove si consideri che una valutazione di infondatezza della notizia di reato faccia, evidentemente, caducare anche la fondatezza del fatto, asseritamente illecito, avanzato dalla Procura regionale.

Né si può pensare che – come condivisibilmente rilevano le difese – per attribuire l'appalto di *"manutenzione straordinaria degli impianti (un maior) si poteva ricorrere direttamente alla proprietaria omissis, senza ricorrere a gara competitiva, mentre per affidare il servizio di manutenzione ordinaria (un minus) dei medesimi impianti occorreva percorrere una gara"*.

Il Collegio conclusivamente è convinto che – anche in considerazione del più volte rilevato argomento della archiviazione nella sede penale – sarebbe forse più corretto e consequenziale ritenere che il funzionario che abbia visto avallare la legittimità della deliberazione di G.C. n. 50 del 23/12/2017 attraverso un provvedimento della Procura della Repubblica presso il Tribunale di La Spezia si fosse anch'egli convinto in buona fede della correttezza amministrativa di non ricorrere ad una gara, in presenza di appalti di servizi di manutenzione, ordinaria e straordinaria, degli impianti di omissis.

5. Tanto rappresentato, il Collegio ritiene non meritevole di accoglimento la domanda attorea, e, per l'effetto, ritiene invece meritevoli di assoluzione gli odierni citati, per mancanza di prova degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativo-contabile, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo dei medesimi. Si liquidano le spese legali in favore dei signori Paolo ARABIA e Sandra PASSANO secondo equità nella somma di euro 3.710,00 cadauno (oltre IVA se dovuta e accessori).

Nulla per le spese di giustizia.

PER QUESTI MOTIVI

la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale regionale per la LIGURIA, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, definitivamente pronunciando

RIGETTA

La domanda attorea per carenza di prove degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativo-contabile.

LIQUIDA

Le spese legali, in favore dei signori Paolo ARABIA e Sandra PASSANO – secondo equità, sulla base delle Tabelle di cui al DM n. 55/2014, come aggiornate dal DM n. 147/2022 – nella somma di euro 3.710,00 cadauno (oltre IVA se dovuta e accessori).

Nulla per le spese di giustizia.

Manda alla Segreteria per gli adempimenti di rito.

Così deciso in Genova, nella Camera di consiglio del 18 luglio 2024.

IL PRESIDENTE ESTENSORE

(dott.ssa Emma ROSATI)

DEPOSITO IN SEGRETERIA 29 AGOSTO 2024

IL DIRETTORE DELLA SEGRETERIA

ELENA ASTA

F.TO DIGITALMENTE