

REPUBBLICA ITALIANA sent. 427/12

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE LOMBARDIA

composta dai Magistrati:

Claudio	GALTIERI	Presidente
Adelisa	CORSETTI	Consigliere
Maurizio	MASSA	Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di responsabilità iscritto al n. 27117, del registro di segreteria, ad istanza della Procura regionale Lombardia contro:

- X MAURO, nato a Mantova il 28 marzo 1963, C.F.:GHZMRA63C28E897C;
- X ALBERTA, nata a Mantova il 14 maggio 1957, C.F.:SCCLRT57E54E897T;
- X MONICA, nata a Mantova il 23 maggio 1961, C.F.:MRTMNC61E63E897O;
- X GIULIO, nato a Casalmaggiore (CR) l'11 marzo 1967, C.F.:BRLGLI67C11B898L;
- X GIAMPAOLO, nato a Mantova il 14 aprile 1959, C.F.:VOIGPL59D14E897V;
- X GILBERTO, nato a Mantova il 6 agosto 1957, C.F.:VLIGBR57M06E897J;
- X ENRICA, nata a Mantova il 2 marzo 1954, C.F.: CRTNRC54C42E897J;
- X CARMEN, nata a Luzzara (RE) il 15 dicembre 1946, C.F.: RSSCMN46T55E772V;
- X GIANNI, nato a Mantova il 30 agosto 1978, C.F.:CMNGNN78M30E897Q;
- X MARIA CRISTINA, nata a Mantova il 16-11-1968, C.F.:MRCMCR68S56E897W;
- X ALESSANDRO, nato a Mantova il 7 maggio 1949, C.F.:MNZLSN49E07E897B;
- X MARIA, nata ad Osilo (SS) il 29 gennaio 1954, C.F.: FDDMRA54A69G156K;

tutti rappresentati e difesi, dagli Avv.ti Alberto Arrigo Gianolio e Giovanni Monti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Galleria San Babila, 4/A;

X FEDERICO, nato a Napoli il 22 settembre 1942, C.F.:BRRFRC42P22F839F, rappresentato e difeso, dal Prof. Avv. Paolo Colombo e dall'Avv. Rossella Adamo, con domicilio eletto presso la persona e studio della seconda, in Milano, Via Agnello 12;

X ALBERTO, nato a XXXXX il 25 novembre 1963, C.F.:GRSLRT63S25G917Q, rappresentato e difeso, dagli Avv.ti Sergio Genovesi, Alberto Arrigo Gianolio e Giovanni Monti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Galleria San Babila, 4/A.

Visto l'atto introduttivo e letti gli altri documenti di causa.

Richiamata la determinazione presidenziale del 26.07.2011 con la quale è stata fissata l'udienza per la trattazione del giudizio;

Uditi, nella pubblica udienza dell'11-1-2012, il Consigliere relatore Dott. Maurizio Massa, l'Avv. Alberto Arrigo Gianolio e l'Avv. Paolo Colombo ed il Pubblico Ministero in persona del sostituto Procuratore generale Dott. Nicola Ruggiero.

Viste le leggi 14 gennaio 1994, n. 19 e 20 dicembre 1996, n. 639.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione depositato in data 23-6-2011, la Procura regionale ha convenuto in giudizio i signori indicati in epigrafe per sentirli condannare al pagamento in favore del Comune di XXXXX di €.175.030,61#, oltre alla rivalutazione monetaria, interessi legali e spese di giustizia, per il danno patrimoniale diretto, cagionato nell'affidamento, proroga e rinnovo alla società ASEP spa, della gestione di servizi ed attività comunali.

Nell'atto di citazione si rileva quanto segue.

La notizia di danno perveniva alla Procura attrice con esposto del 19 marzo 2008 (all. n. 1 del fascicolo della Procura), integrato con altro atto del 15 luglio 2008 (all. n. 2 del fascicolo della Procura).

Con particolare riferimento al servizio di manutenzione ordinaria delle aree verdi, degli edifici e delle strade di proprietà comunale, veniva denunciata l'illegittimità connessa alla modifica della convenzione con ASEP spa, disposta con la delibera consiliare n. 102 del 27 dicembre 2007.

Con deliberazione n. 18 del 23 febbraio 2002 (all. n. 3 del fascicolo della Procura), il Consiglio comunale di XXXXX deliberava l'affidamento diretto del servizio di manutenzione delle aree verdi poste sul territorio comunale indicate in delibera, a favore della ASEP spa (Azienda Servizi Pubblici spa); tutto ciò per il periodo 1 aprile 2002-31 marzo 2007, a fronte di un canone mensile di euro 2.500,00, oltre IVA al 20%, e, dunque, per una spesa complessiva, relativa a tutto il periodo di durata del contratto, di euro 180.000,00, IVA compresa.

Alla data della predetta deliberazione, la compagine sociale dell'ASEP spa, società mista costituita ai sensi dell'art. 22, comma 2, lett. e), legge 142/90, risultava composta, quasi esclusivamente, da Comuni della Provincia di Mantova, con la sola eccezione della Banca Agricola Mantovana, detentore del 4,33% del capitale sociale (all. n. 4 del fascicolo della Procura).

Il Comune di XXXXX, per contro, deteneva la partecipazione maggioritaria, pari a circa l'80% del medesimo capitale (all. n. 4 del fascicolo della Procura).

Alla medesima data era stata già assunta la determina dirigenziale n. 33 del 24 gennaio 2002, prevedente l'aggiudicazione, a seguito della gara all'uopo espletata, di parte del capitale sociale a favore di un ulteriore socio privato (AIMAG spa), iscritto nel libro soci a partire dall'8 marzo 2002, con una partecipazione del 33% circa (all. n. 4 del fascicolo della Procura).

La convenzione del 28 marzo 2002 (all. n. 3 bis del fascicolo della Procura), stipulata in esecuzione della predetta deliberazione consiliare, prevedeva, all'art. 2, la facoltà, per il

Comune di XXXXX, di "chiedere modifiche al servizio previsto, di istituire nuovi servizi, nonché di disporre l'ampliamento delle aree verdi da mantenere. In tal caso, la Società ed il Comune di XXXXX procederanno d'accordo a fissare le conseguenti variazioni del canone mensile".

L'art. 5, comma 2, specificava che, con il corrispettivo pattuito, "la società doveva ritenersi compensata di qualsiasi suo avere o pretendere in relazione al servizio di che trattasi o connesso o conseguente al servizio medesimo".

L'art. 6 contemplava, infine, la necessità della verifica dell'importo del canone mensile alla fine del primo anno di gestione del servizio, con possibilità di variazione, sulla base dell'accordo delle parti, tenuto conto anche della variazione dell'indice ISTAT.

Con deliberazione n. 36 del 18 aprile 2003 (all. n. 5 del fascicolo della Procura), il Consiglio comunale provvedeva ad affidare ad ASEP spa, anche in questo caso senza gara, la manutenzione ordinaria di tutte le aree verdi (comprehensive evidentemente anche di quelle non oggetto della precedente convenzione), delle alberature, nonché di tutti gli edifici e strade di proprietà comunale; tutto ciò per il periodo 1 maggio 2003-31 maggio 2008 a fronte di un canone annuo di euro 270.000,00, oltre IVA al 20%, e, dunque, per una spesa annua complessiva di euro 324.000,00.

La relativa convenzione (all. n. 5 bis del fascicolo della Procura), stipulata in data 7 maggio 2003, era destinata ad integrare e sostituire, per il periodo 1 maggio 2003-31 dicembre 2008, quella già in essere (art. 5).

Nello specifico, la predetta convenzione, in riferimento alle statuizioni di cui alla delibera n. 36/03, prevedeva (anche) la cessione a titolo di comodato gratuito a favore di ASEP di automezzi, attrezzature ed arredi di proprietà comunale, indicati in appositi elenchi allegati alla stessa convenzione.

Il medesimo atto disciplinava l'eventuale modifica del canone contrattuale, possibile solo in presenza di una delle seguenti condizioni:

a) richiesta da parte del Comune di XXXXX di integrazioni e/o modifiche ai servizi prestati, di istituzione di nuovi servizi, nonché di ampliamento delle aree verdi da mantenere (art. 7);

b) aggiornamento, entro il mese di marzo di ciascun anno, in relazione agli indici ISTAT dei prezzi di largo consumo, dei contratti del personale e dei prezzi dei beni oggetto del contratto (art. 8).

L'art. 9 prevedeva, infine, la possibilità di revisione del contratto (entro il 30 settembre 2004), su richiesta di ASEP spa, in caso di condizioni climatiche stagionali, influenzanti in maniera considerevole la gestione dei beni oggetto del contratto.

Alla data (18 aprile 2003) dell'assunzione della predetta delibera consiliare n. 36/03, la soc. ASEP spa era società mista pubblico-privata, con la partecipazione, quali soci privati, della Banca Agricola Mantovana e della soc. AIMAG spa (all. n. 4 del fascicolo della Procura).

Nello specifico, la soc. AIMAG spa deteneva la quota del 33,04% del capitale, mentre il Comune di XXXXX risultava detentore della quota maggioritaria del 56,15% (all. n. 4 del fascicolo della Procura).

In data 29 dicembre 2003, (cinque anni prima della scadenza della convenzione in essere), con la deliberazione n. 147 (all. n. 6 del fascicolo della Procura), il Consiglio comunale prorogava la medesima scadenza, portandola dal 31 dicembre 2008 al 31 dicembre 2013; tutto ciò al fine di "consentire alla società ASEP, tenuto conto del periodo di vigenza del rapporto convenzionale, di pianificare adeguati investimenti per il servizio in oggetto".

Il relativo contratto, stipulato in data 30 dicembre 2003 (all. n. 6 bis del fascicolo della Procura), riproduceva le previsioni già contenute nella precedente convenzione, ivi comprese quelle in tema di integrazioni ai servizi previsti e di introduzione di nuovi servizi (art. 7), di adeguamento annuale del canone a seguito del variare degli indici ISTAT dei prezzi (art. 8), nonché di revisione del contratto dovuta all'influenza delle condizioni climatiche stagionali (art. 9).

Alla data del 29 dicembre 2003, a seguito della fusione, per incorporazione, in ASEP spa della SOSEP spa (Società di servizi alla persona), destinata alla gestione della farmacia e dei servizi sociali e posseduta in maniera maggioritaria dal Comune di Porto Manovano, la ASEP spa risultava composta da Enti locali e da soggetti privati (AIMAG spa per il 24% del capitale e n. 71 soci privati per la complessiva quota dell'1,49%; tra i predetti soci non figurava più la Banca Agricola mantovana, a seguito di recesso volontario); la maggioranza societaria di ASEP spa era posseduta dal Comune di XXXXX (71,83%) (all. n. 4 del fascicolo della Procura).

Successivamente, la Giunta comunale provvedeva ad aumentare il canone riconosciuto ad ASEP spa, giustificando il predetto aumento con l'incremento delle aree verdi da mantenere, siccome realizzate nei mesi precedenti.

In particolare, per il periodo vegetativo (giugno-novembre 2004), il predetto canone veniva integrato di euro 29.340,00, oltre IVA al 20%, con conseguente emersione di una spesa aggiuntiva di euro 35.208,00 (atto n. 94 del 29 maggio 2004) (all. n. 7 del fascicolo della Procura).

Con successiva delibera n. 2 del 22 gennaio 2005 (all. n. 8 del fascicolo della Procura), il Consiglio comunale, in conseguenza dell'aggiornamento delle aree verdi, aiuole ed alberature oggetto del servizio, approvava un nuovo schema di convenzione, dalla durata identica alla precedente (fino al 31 dicembre 2013), ma con un più elevato canone

annuo, portato ad euro 340.000,00, oltre IVA al 20%, per una spesa annua complessiva di euro 408.000,00 (con aumento annuo, dunque, di euro 70.000,00, oltre IVA).

La medesima convenzione veniva stipulata in data 26 gennaio 2005 (all. n. 8 bis del fascicolo della Procura).

Nel gennaio 2005, nella compagine societaria di ASEP figurava altro soggetto privato, scelto con gara disposta con delibera consiliare n. 102 del 13 novembre 2004 ed aggiudicata con determina dirigenziale n. 872 del 22 dicembre 2004 (la soc. TEA spa, detentrica del 13,83% del capitale sociale) (all. n. 4 del fascicolo della Procura); il Comune di XXXXX continuava a possedere la maggioranza del capitale, sebbene scesa al 58% (all. n. 4 del fascicolo della Procura).

Una ulteriore modifica della convenzione, relativa alle modalità di pagamento del corrispettivo (da effettuarsi in rate bimestrali posticipate anziché in due rate fisse- 30 giugno e 31 dicembre di ogni anno, giusta previsione del vigente art. 7), veniva deliberata con atto consiliare n. 67 del 12 settembre 2005 (all. n. 9 del fascicolo della Procura).

La medesima convenzione veniva nuovamente modificata con la deliberazione consiliare n. 54 del 30 giugno 2006 (all. n. 10 del fascicolo della Procura), prevedente l'ampliamento dell'oggetto (con l'incremento delle aree verdi da curare, conseguenza delle nuove realizzazioni intervenute nei mesi precedenti), ed il conseguente adeguamento del canone annuo, portato ad euro 360.200,00, oltre IVA al 20%, per una spesa annua complessiva di euro 432.600,00 (con aumento annuo di euro 20.200,00, oltre IVA).

Con atto consiliare del 29 giugno 2007, n. 41 (all. n. 11 del fascicolo della Procura), il predetto canone veniva portato ad euro 389.200 annui, oltre IVA al 20% (con conseguente aumento annuo di euro 29.000,00, oltre IVA al 20%); tutto ciò in considerazione delle variazioni dell'indice ISTAT e dell'aggiornamento dell'elenco delle aree, aiuole e alberature, oggetto del servizio.

Ulteriori, innovazioni alla convenzione in essere venivano apportate con la deliberazione consiliare n. 102 del 27 dicembre 2007 (all. n. 12 del fascicolo della Procura); nello specifico, le modifiche più significative riguardavano:

a) l'ampliamento della durata (sei anni prima della scadenza, già fissata al 31 dicembre 2013) portata al 31 dicembre 2025;

b) l'ampliamento dell'oggetto, con l'affidamento di tutta l'attività di manutenzione delle aree verdi e degli immobili comunali e l'aggiornamento delle aree servite;

c) il conseguente aumento del corrispettivo annuo, innalzato ad euro 501.400,00, oltre IVA al 20%, per una spesa annua complessiva di euro 601.680,00.

La relativa convenzione, destinata a valere dal 1 gennaio 2008 al 31 dicembre 2025, veniva firmata in data 31 dicembre 2007 (all. n. 12 bis del fascicolo della Procura).

Negli anni 2006-2007-2008, anche a seguito della fusione per incorporazione in ASEP spa della soc. CSI srl (società per la realizzazione di servizi alle imprese ed enti locali, partecipata in misura maggioritaria dal Comune di XXXXX), la partecipazione del Comune di XXXXX in ASEP spa si assestava sul 66,5% circa del capitale sociale, capitale posseduto (anche) da soggetti privati (AIMAG spa per il 16,8%-TEA spa per il 9,538%-71 soci privati per il 1,034% del capitale sociale) (all. n. 4 del fascicolo della Procura).

In relazione ai fatti esposti, la Procura ravvisava profili di responsabilità erariale connessi all'adozione della deliberazione consiliare n. 102 del 27 dicembre 2007, ritenendo che la stessa delibera avesse, sostanzialmente, previsto un rinnovo (novazione) del contratto già in essere, e, dunque, un (nuovo ed ulteriore) affidamento diretto, in contrasto con le regole dell'evidenza pubblica, produttivo di danno alla concorrenza.

Con atto del 30 marzo 2011 (all. n. 13 del fascicolo della Procura), la Procura emetteva l'invito a fornire deduzioni nei confronti dei Consiglieri comunali, che avevano

espresso voto favorevole alla deliberazione n. 102/2007, del Responsabile del Servizio tecnico-manutentivo, il quale aveva reso il parere di regolarità tecnica, nonché il Segretario generale, il quale aveva assistito alla seduta consiliare, sfociata nella deliberazione n. 102/07.

A seguito della notifica del predetto invito (all. n. 14 del fascicolo della Procura) (prima notifica, quella perfezionata in data 14 aprile 2011 a favore dei Sigg.ri X, X, X, X, X, X e X - ultima notifica, quella perfezionata il 19 aprile 2011 a favore del Sig. X), venivano prodotte deduzioni scritte da parte di tutti gli invitati.

In particolare, i Sigg.ri X Mauro, X Alberta, X Monica, X Giulio, Giampaolo X, X Gilberto, X Enrica, X Carmen, X Gianni, X Maria Cristina, X Alessandro, X Maria inoltravano le loro deduzioni con un unico atto del 10 maggio 2011 (pervenuto il 13 maggio 2011), predisposto con l'assistenza dell'Avv. Alberto Gianolio (all. n. 15 del fascicolo della Procura).

Gli invitati, nell'atto del 10 maggio 2011, negavano che la deliberazione consiliare n. 102/07 avesse comportato una novazione del contratto già in essere con ASEP spa, perchè sarebbero rimasti invariati l'oggetto e le condizioni economiche dell'affidamento, giacché l'Amministrazione si sarebbe limitata ad adeguare il servizio all'intervenuto e previsto aumento quantitativo dei cespiti oggetto di manutenzione, nonché a completare, in termini pure previsti, il quadro degli interventi manutentivi sugli edifici comunali, adeguando, di conseguenza, il corrispettivo.

Lo stesso spostamento in avanti del termine di durata della convenzione sarebbe circostanza inidonea ai fini della configurazione della novazione, dato che la medesima proroga non rilevarebbe nel caso di specie, essendo il danno alla concorrenza riferito ad un periodo antecedente a quello di proroga (e ricompreso nella durata prevista dalla precedente delibera consiliare n. 147/03).

In ogni caso anche a volere ritenere che l'atto consiliare n. 102/07 abbia comportato una novazione del contratto in essere, e dunque un nuovo affidamento diretto, il medesimo affidamento sarebbe avvenuto in maniera del tutto conforme all'art. 113, comma 5, TUEL (nella versione, in vigore all'epoca dei fatti, introdotta dall'art. 14 d.l. 269/03), atteso che i soci privati industriali di ASEP spa (AIMAG spa e TEA spa) sarebbero stati scelti, comunque, con procedure di evidenza pubblica.

Gli invitati negano la colpa grave, in ragione del contrasto giurisprudenziale in materia di possibilità di affidamenti diretti a società miste, risolto solo con la sentenza, successiva ai fatti di causa, n. 1/08 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

La colpa grave sarebbe, altresì, esclusa dalla circostanza per cui la delibera n. 102/07 sarebbe stata assunta con il parere favorevole del Segretario Generale.

Gli invitati contestano, altresì, la sussistenza e l'ammontare del danno ad essi imputato in sede di invito per le seguenti ragioni:

a) il servizio reso sarebbe stato sempre di qualità superiore o, comunque, equiparabile a quello di mercato, come emergerebbe dalla mancanza di contestazioni da parte dell'Amministrazione interessata e degli stessi cittadini;

b) il corrispettivo previsto nella convenzione stipulata a seguito dell'adozione della delibera consiliare n. 102/07 sarebbe inferiore al costo mediamente sostenuto dal Comune di XXXXX nel triennio 2005-2007 all'esito di procedimenti di evidenza pubblica, come risulterebbe dalla relazione tecnica allegata alla medesima delibera;

c) in ogni caso, atteso che la delibera n. 102/07 avrebbe comportato un semplice adeguamento, a fronte dell'ampliamento dei servizi resi, del corrispettivo determinato con i precedenti atti deliberativi, il danno alla concorrenza, ove ritenuto sussistente, andrebbe calcolato su incremento annuo (pari ad euro 112.200,00, oltre IVA)

e non sull'intero corrispettivo annuo e comunque in misura non superiore al 5% dell'importo così determinato, venendo in rilievo una ipotesi di affidamento di servizi;

d) il danno, ove ritenuto sussistente, dovrebbe essere limitato al periodo antecedente all'8 giugno 2009, allorquando è venuta a cessazione il mandato elettorale degli invitati, sostituiti da nuovi amministratori (già firmatari dell'esposto da cui è nato il presente procedimento), i quali amministratori non hanno provveduto ad annullare in autotutela la delibera n. 102/07, rimuovendone gli effetti; tutto ciò in virtù del principio generale, che sarebbe desumibile dall'art. 1227, comma 2, c.c., alla cui stregua il creditore deve attivamente operare per contenere il pregiudizio sofferto.

Il Sig. Alessandro X nell'audizione del 24 maggio 2011 (all. n. 17 del fascicolo della Procura), ha sottolineato che la delibera consiliare n. 102/07 è stata assunta, per quanto riguarda il profilo della convenienza economica, a seguito di una specifica relazione del Responsabile del Servizio tecnico, e, per quanto concerne l'aspetto della legittimità giuridica, sulla base del nulla-osta del Segretario generale.

La convenienza economica, secondo il Sig. X, emergerebbe anche in relazione alla circostanza per cui taluni dipendenti comunali sarebbero passati a lavorare per ASEP spa, la quale avrebbe avuto la possibilità di utilizzarli in maniera più flessibile rispetto all'Amministrazione comunale.

Anche il Sig. Alberto X, Responsabile del Servizio tecnico- manutentivo del Comune di XXXXX all'epoca dei fatti, nelle proprie deduzioni dell'11 maggio 2011 (all. n. 18 del fascicolo della Procura), ha contestato la fondatezza delle responsabilità individuate a suo carico, osservando, in aggiunta agli argomenti sopra esposti, che la propria colpa grave sarebbe esclusa dalla circostanza per cui egli si sarebbe limitato a rendere parere di regolarità tecnica rispetto ad un atto, di cui la Procura contesta la legittimità (illiceità dal punto di vista amministrativo-contabile).

Da ultimo, il dott. Federico X, Segretario generale all'epoca dei fatti, con atto del 12 maggio 2011, (all. n. 20 del fascicolo della Procura), ha negato ogni addebito in ordine ai fatti contestati, utilizzando argomentazioni sostanzialmente simili a quelle degli altri invitati.

Nonostante le argomentazioni offerte dagli invitati, la Procura ha ritenuto sussistenti i presupposti per promuovere questo giudizio per danno alla concorrenza, in quanto la delibera consiliare n. 102 del 27 dicembre 2007 (all. n. 12 del fascicolo della Procura) avrebbe apportato innovazioni significative alla convenzione già in essere con ASEP spa, modificandone le condizioni essenziali (oggetto, corrispettivo e la stessa durata) e concretando una ipotesi di (nuovo ed ulteriore) affidamento diretto, in violazione delle regole dell'evidenza pubblica, imposte in materia di servizi pubblici locali dall'113, comma 5, d.lgs 267/00 (cd TUEL), nella versione, in vigore all'epoca dei fatti, introdotta dall'art. 14 d.l. 269/03, come modificato dalla relativa legge di conversione.

La convenzione in essere al momento dell'adozione della delibera consiliare n. 102/07 (ossia quella assunta in esecuzione dell'atto consiliare n. 41 del 29 giugno 2007) (all. n. 11 del fascicolo della Procura) prevedeva, all'art. 7, la facoltà per il Comune di XXXXX, di "chiedere modifiche al servizio previsto, di istituire nuovi servizi, nonché di disporre l'ampliamento delle aree verdi da mantenere. In tal caso, la Società ed il Comune di XXXXX procederanno d'accordo a fissare le conseguenti variazioni del canone mensile".

Nel caso di specie, le gare attraverso le quali sono stati individuati i soci privati di ASEP spa, secondo l'Organo requirente non giustificano l'(ulteriore) affidamento diretto disposto con la delibera consiliare n. 102/07, perché tali procedure di evidenza pubblica si sono svolte senza alcuna indicazione specifica dei compiti operativi richiesti ai nuovi soci e soprattutto sono state espletate diversi anni prima rispetto all'affidamento di cui trattasi e, dunque, non vista ed in funzione del medesimo affidamento.

La società AIMAG spa è stata individuata all'esito di gara deliberata con atto consiliare n. 80 del 16 novembre 2001 (all. n. 22 del fascicolo della Procura), il quale, in maniera del tutto generica, fa riferimento alla necessità di reperire sul mercato un "socio tecnologico che operi almeno nei settori gas ed acqua".

La medesima gara è stata aggiudicata con determina dirigenziale n. 33 del 24 gennaio 2002 (all. n. 23 del fascicolo della Procura).

La società TEA spa è stata scelta a seguito di gara disposta con delibera consiliare n. 102 del 13 novembre 2004 (all. n. 24 del fascicolo della Procura), la quale mette in particolare rilievo l'opportunità di cedere una quota della partecipazione in ASEP spa al fine di reperire risorse da destinare alla costruzione della nuova casa di riposo.

La predetta gara è stata, poi, aggiudicata con determina dirigenziale n. 872 del 22 dicembre 2004 (all. n. 25 del fascicolo della Procura).

All'atto dell'adozione della determina dirigenziale n. 33 del 24 gennaio 2002 prevedente l'aggiudicazione a favore di AIMAG spa, la soc. ASEP spa risultava affidataria diretta, fino al 31 marzo 2007, del servizio di manutenzione di parte delle sole aree verdi (delibera consiliare n. 18 del 23 febbraio 2002 (all. n. 3 del fascicolo della Procura).

Al momento dell'assunzione della determina n. 872 del 22 dicembre 2004, prevedente l'aggiudicazione a favore di TEA, ASEP spa beneficiava, invece, dell'affidamento diretto, fino al 31 dicembre 2013, di parte dell'attività manutentiva ordinaria delle strade, degli edifici comunali e delle aree verdi (delibere consiliari nn. 36 del 18 aprile 2003 e 147 del 29 dicembre 2003) (all. n. 5 e 6 del fascicolo della Procura).

L'atto consiliare n. 102/07 ha disposto l'affidamento diretto, fino al 31 dicembre 2025, dell'intera attività manutentiva ordinaria di tutti gli edifici comunali e delle aree verdi, ricomprendendo prestazioni prima non previste ed aree precedentemente non servite; tutto ciò per un corrispettivo superiore.

Nel caso di specie, gli schemi analitici predisposti dal Comune di XXXXX ed inoltrati alla Procura con atto del 5 marzo 2011 (all. n. 26 del fascicolo della Procura), attestano che, in relazione al servizio di manutenzione ordinaria delle aree verdi, delle strade ed degli edifici di proprietà comunale, la medesima Amministrazione ha erogato alla soc. ASEP spa negli anni 2008-2009 e 2010, il corrispettivo complessivo di euro 1.750.306,1 (euro 667.879,93+647.116,42+435.309,75).

Il danno contestato in questa sede, pari ad euro 175.030,61 (pari al 10% di euro 1.750.306,1), è ascritto dalla Procura attrice alla condotta gravemente colposa dei sigg.ri X Mauro, X Alberta, X Monica, X Giulio, Giampaolo X, X Gilberto, X Enrica, X Carmen, X Gianni, X Maria Cristina, X Alessandro, X Maria, i quali, nella veste di componenti del Consiglio comunale di XXXXX, hanno espresso voto favorevole alla deliberazione n. 102/207.

Del predetto danno dovrebbero essere chiamati a rispondere, sempre a titolo di colpa grave, anche il geom. Alberto X, il quale, nella veste di Responsabile del Servizio tecnico-manutentivo, ha espresso parere di regolarità tecnica (art. 49 d.lgs 267/00), nonché il dott. X Federico, Segretario generale all'epoca dei fatti, al quale la Procura contesta di aver assisto alla seduta consiliare, sfociata nella deliberazione n. 102/07, senza segnalare l'illegittimità (illiceità da punto di vista amministrativo-contabile) dell'emanando atto.

La Procura chiede di addebitare, in parti eguali, il 90% del danno complessivamente contestato (90% di euro 175.030,61, ossia 157.527,54), a carico dei sig.ri X Mauro, X Alberta, X Monica, X Giulio, Giampaolo X, X Gilberto, X Enrica, X Carmen, X Gianni, X Maria Cristina, X Alessandro, X Maria, ognuno dei quali è, dunque, chiamato a rispondere dell'eguale importo di euro 13.127,29.

Il restante 10% del danno complessivamente contestato (10% di euro 175.030,61, ossia 17.503,061), la Procura chiede di porlo a carico, in parti eguali, al geom. Alberto X

ed al dott. Federico X, ognuno dei quali, è chiamato a rispondere dell'eguale importo di euro 8.751,53.

La colpa grave, secondo l'Accusa risulterebbe da:

a) chiarezza e specificità delle disposizioni normative violate (art. 113, commi 5 e 12, TUEL, nella versione in vigore all'epoca dei fatti, introdotta dall'art. 14 d.l. 269/03, come modificato dalla relativa legge di conversione);

b) principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità, strettamente connessi al bene, di derivazione comunitaria, della concorrenza, alla cui stregua non era consentito all'epoca dei fatti (e non lo è tuttora) l'affidamento diretto a società mista, i cui soci privati siano stati scelti con gare espletate diversi anni prima e con riferimento ad un servizio dalle caratteristiche difformi rispetto a quelle del servizio, oggetto di nuovo affidamento;

c) orientamento giurisprudenziale vigente illo tempore, in materia di affidamenti a favore di società miste (parere del Cons. Stato, Sezione Seconda n. 456 del 18 aprile 2007, successivamente recepito nella sentenza Cons. Stato, Adunanza Plenaria 1/08, che richiede una gara idonea ai fini della scelta del socio privato, nonché esclude affidamenti diretti a favore di società miste, con soci privati "stabili"). L'inammissibilità dei cd "soci stabili" discenderebbe, peraltro, direttamente dal combinato disposto dei commi 5 e 12 del richiamato art. 113, entrambi in vigore all'epoca dei fatti.

La colpa grave degli amministratori coinvolti nella vicenda de qua non potrebbe ritenersi esclusa dall'aver fatto legittimo affidamento sulla liceità della delibera consiliare n. 102/07, in considerazione del parere favorevole rilasciato dal Segretario generale.

Al riguardo, la Procura richiama la giurisprudenza contabile che ritiene fonte di danno erariale il comportamento omissivo del Segretario generale, il quale non segnala agli amministratori i profili di illiceità dell'emanando atto, ma non esclude la responsabilità

concorrente degli stessi amministratori (Corte Conti, Sez. Lazio, n. 1990/2010; Corte Conti, sez. Lombardia, n. 473/09, la quale richiama Corte Conti, Sez. III, n. 9/03).

Ai sensi dell'art. 1, comma 1-ter, secondo periodo, della legge 20/94 (come innovato dalla legge 639/96):

"Nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi la responsabilità non si estende ai titolari di organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione".

Tale esimente, ad avviso della Procura, non è applicabile quando il comportamento degli organi di vertice dell'ente locale verte su competenze proprie dell'organo politico, come è l'affidamento dei servizi pubblici locali ex art. 42, lett. e), TUEL (Corte Conti, Sez. giur. Lazio n. 1990/10; Corte Conti, Sez. giur. Toscana, n. 429/08; Corte Conti, Sez. II, n. 303/03).

Secondo la difesa del Sig. X, la sua colpa grave non sussiste perché si sarebbe limitato a rendere parere di regolarità tecnica rispetto ad un atto, di cui la Procura contesta la legittimità (illiceità dal punto di vista amministrativo-contabile), ma l'Accusa richiama l'art. 49, commi 1 e 3, d. lgs 267/00, per cui i responsabili dei servizi interessati devono rendere parere di regolarità tecnica su ogni proposta di deliberazione sottoposta alla giunta ed al consiglio, rispondendo "in via amministrativa e contabile dei pareri espressi".

In conclusione, la Procura insiste per l'affermazione della responsabilità amministrativo-contabile di tutti i convenuti per il danno patrimoniale diretto arrecato, con le condotte illecite sopra descritte, al Comune di XXXXX, quantificato in euro 175.030,61, e ripartito nei termini sopra detti.

Con memoria depositata il 22-12-2011, si sono costituiti i convenuti MAURO X, ALBERTA X, MONICA X, GIULIO X, GIAMPAOLO X, GILBERTO X, ENRICA X, CARMEN X, GIANNI X, MARIA CRISTINA X, ALESSANDRO X e MARIA X.

La difesa dei convenuti sopra elencati, innanzitutto contesta la natura novativa della convenzione approvata con la delibera di C.C. 27.12.2007 n. 102, sostenuta dalla tesi accusatoria.

Affinché possa configurarsi novazione oggettiva di una precedente obbligazione, ai sensi dell'art. 1230 c.c., è necessario che vi sia "un mutamento sostanziale dell'obbligazione e, cioè, che con una seconda obbligazione siano apportati alla prima cambiamenti riguardanti l'oggetto della prestazione o la natura giuridica dell'obbligazione che trasformino questa in una nuova obbligazione incompatibile con la prima" (Cass. 12.9.2000 n. 12039; Cass. 27.7.2000 n. 9867).

La novazione, pertanto, sarebbe da escludersi, per mancanza dell'*aliquid novi*, allorché le parti si limitino a convenire la modificazione quantitativa di una precedente obbligazione ed il differimento della scadenza per il suo adempimento (Cass. 6.7.2010 n. 15980).

Elemento essenziale della novazione è, altresì, l'*animus novandi*, consistente nella inequivoca, comune, intenzione delle parti di estinguere l'originaria obbligazione e di sostituirla con una nuova (Cass. 17.8.2004 n. 16038).

Nel caso di specie, ad avviso della difesa, non ricorrono gli elementi cui si è accennato, richiesti ai fini della novazione.

Relativamente al primo di essi (l'*aliquid novi*), la difesa evidenzia che il Comune di XXXXX, con la convenzione previgente (approvata con la delibera di CC. 29.12.2003 n. 147), aveva affidato ad A.SE.P. s.p.a. la manutenzione delle aree verdi esistenti, nonché la esecuzione di determinati interventi di manutenzione ordinaria degli edifici comunali.

La convenzione approvata con la delibera di CC. 27.12.2007 n. 102 non avrebbe comportato la modifica sostanziale dell'oggetto dell'originario rapporto contrattuale, dato che le parti si sono limitate ad estendere la manutenzione a nuove aree verdi, nel frattempo realizzate e cedute all'Amministrazione comunale nell'ambito di piani di lottizzazione, ed a completare la rosa degli interventi di manutenzione ordinaria da eseguirsi negli edifici comunali, adeguandosi, di conseguenza, anche il corrispettivo.

Si è trattato, secondo la difesa, di una mera integrazione quantitativa delle prestazioni richieste ad A.SE.P. s.p.a., compatibile con l'assetto originario del rapporto obbligatorio ed, anzi, espressamente prevista dalla convenzione approvata con la delibera di CC. 29.12.2003 n. 147. Infatti – si sostiene – le parti, all'art. 7 della convenzione, hanno previsto la facoltà per il Comune “di chiedere integrazioni e/o modifiche ai servizi previsti, di istituire nuovi servizi nonché di disporre l'ampliamento delle aree verdi da mantenere. In tal caso la società ed il Comune di XXXXX procederanno d'accordo a fissare le conseguenti variazioni del canone mensile”.

Nel caso in esame non ricorrerebbe neppure l'ulteriore presupposto richiesto al fine di potersi configurare la novazione, ossia l'*animus novandi*.

Dalle premesse della delibera di C.C. 27.12.2007 n. 102, risulta che l'Amministrazione comunale, a supporto della decisione, ha richiamato espressamente la pattuizione sopra trascritta, manifestando la propria volontà, non di sostituire la nuova convenzione con altra, bensì di operare nel solco di quella precedente, adeguando le prestazioni in essa previste a carico di A.SE.P. s.p.a.

Infine, il presunto carattere novativo non potrebbe essere dedotto per il solo fatto che, con la convenzione in esame, sia stata prevista una nuova scadenza dell'affidamento, perché non assume alcun rilievo nel caso di specie, dato che il danno alla concorrenza contestato è riferito ad un periodo, comunque, antecedente al periodo di proroga,

rimanendo ancorato alla durata contrattuale fissata al 31.12.2013, con la delibera di C.C. n. 147/2003.

La difesa nega che vi sia stata la violazione dell'art. 113. comma 5, del D. Lgs. 18.8.2000 n. 267, perché la delibera di C.C. n. 102/2007, non avrebbe disposto un nuovo affidamento del servizio.

L'art. 113, comma 5, lett. b), del D.Lgs. n. 267/2000, nella versione, in vigore all'epoca dei fatti, introdotta dall'art. 14 del D.L. n. 269/03, come modificato dalla relativa legge di conversione, consentiva l'affidamento diretto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica a società a capitale misto, a condizione che il socio privato fosse stato scelto all'esito di un procedimento ad evidenza pubblica.

E ciò si sarebbe verificato nel caso di A.S.E.P. s.p.a., atteso che i soci privati AIMAG s.p.a. e TEA s.p.a. sono stati scelti all'esito di gare.

Il modello organizzativo finalizzato alla gestione dei servizi pubblici locali, costituito dalla società mista, ha comportato problemi applicativi, derivanti da una obiettiva difficoltà di inquadramento della fattispecie normativa.

Un significativo contributo alla risoluzione dei dubbi interpretativi lo si sarebbe avuto solo successivamente alla adozione della delibera consiliare contestata, con la sentenza della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 3.3.2008 n. 1.

Solo con il parere 18.4.2007 n. 456 della Seconda Sezione del Consiglio di Stato, è emersa l'esigenza di definire chiaramente i criteri di scelta del socio privato anche con riguardo ai profili riguardanti la necessità di individuare preventivamente i compiti operativi del socio privato e l'ammissibilità del cd. socio "stabile" inserito a tempo indeterminato nella compagine sociale.

A seguito di detto parere, il Consiglio di Stato, con sentenza 23.10.2007 n. 5587 della Sezione V, ha rimesso alla Adunanza Plenaria l'esame delle anzidette questioni e di altre ancora sempre in tema di società miste.

Perciò la difesa esclude che la delibera di C.C. 27.12.2007 n. 102 possa ritenersi inficiata da palese illegittimità sulla base del quadro giurisprudenziale e dottrinale esistente al momento della sua adozione.

La difesa contesta anche la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa grave.

La giurisprudenza della Corte di Conti ha affermato che ad integrare la colpa grave "non è sufficiente la violazione della legge o di regole di buona amministrazione, ma è necessario che questa violazione sia connotata da inescusabile negligenza o dalla previsione dell'evento dannoso" (Corte Conti, Sez. III, 12.2.2010 n. 75; Corte Conti, Reg. Sicilia, 22.9.2009 n. 281; idem. 10.6.2010 n. 1228).

La colpa grave, secondo la difesa, non può essere configurata in presenza di oggettive difficoltà interpretative riguardanti la normativa da applicarsi (Corte Conti, Trentino Alto Adige, 27.9.2010 n. 32; Corte Conti, Regione Molise, 28.7.2010 n. 102).

La fattispecie era caratterizzata da incertezze normative, con la conseguenza che l'operato dei convenuti non può ritenersi caratterizzato da colpa grave.

Il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza 23.10.2007 n. 5587 di rimessione alla Adunanza Plenaria, ha testualmente precisato con riguardo ai profili inerenti alla scelta del socio privato delle società miste e, segnatamente, a quello riguardante la preventiva definizione dei compiti operativi del socio medesimo: "...Da altro punto di vista, andrebbe meglio chiarito il significato della formula "affidamento dell'attività operativa". Essa potrebbe indicare, semplicemente, che il socio privato debba essere scelto tra imprenditori del settore cui si riferisce l'opera o il servizio, in possesso dei prescritti requisiti soggettivi di ordine generale.

Ma potrebbe anche presupporre la necessità di una regolamentazione contrattuale più complessa, affiancata al contratto sociale, da cui risulti che l'attività materiale di erogazione del servizio o della realizzazione dell'opera sia effettivamente compiuta dal socio privato con la propria organizzazione di impresa.

Potrebbe significare, infine, come lascia supporre l'evocazione della figura del socio d'opera, che il conferimento delle quote debba essere effettuato "in natura", mediante la cessione di un ramo di azienda.

Ma ognuna di queste soluzioni pone delicati problemi di coordinamento con il diritto societario. Senza dire, poi, che lo scopo della istituzione della società mista è proprio quello di creare un centro di imputazione unitario e non una struttura intermedia tra l'amministrazione e l'esecuzione del servizio effettuata dal "socio d'opera.

Anche in dottrina, del resto, è prospettato il dubbio, che, in questo modo, si finisca per piegare il modello ordinario di funzionamento delle società, come disegnato dal codice civile, a forzature che rischiano di snaturare i caratteri tipici oltre i confini del consentito ...".

In ordine alla problematica relativa al cd. socio "stabile", nella sentenza in esame è affermato:

"... Un altro specifico requisito indicato dal citato parere concerne la necessità di stabilire un limite temporale ragionevole alla durata del rapporto sociale, accompagnata dalla espressa previsione della scadenza del periodo di affidamento (in tal senso, soccorre già una lettura del comma 5, lett. b) dell'ad. 113 T.U.E.L. in stretta connessione con il successivo comma 12), evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prevedendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua

posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

Tuttavia, la Sezione ritiene utile che l'Adunanza Plenaria si pronunci anche sulla premessa interpretativa concernente la necessità di una rigorosa limitazione temporale del rapporto sociale. Al riguardo, infatti, sussistono alcuni dubbi dottrinari circa la compatibilità del modulo societario con una così stretta inerenza allo svolgimento dell'attività operativa della prestazione del servizio..."

Se persino un operatore giuridico, professionale e specializzato, quale un Collegio amministrativo di secondo grado, è giunto a ritenere necessario un intervento chiarificatore della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato su dette questioni, il Consiglio Comunale di XXXXX, ad avviso della difesa, ha operato in una situazione di obiettiva incertezza circa i presupposti per l'affidamento diretto dei servizi alle società miste, tale da escludere il requisito della colpa grave in ordine a quanto, poi, effettivamente deliberato.

La colpa grave sarebbe esclusa anche dal fatto che i convenuti hanno espresso voto favorevole alla delibera di C.C. n. 102/2007 facendo affidamento sull'art. 7 della convenzione approvata con la delibera di C.C. 29.12.2003 n. 147; clausola che prevedeva la possibilità, per l'Amministrazione comunale, di chiedere integrazioni e/o modifiche ai servizi già concordati, pattuendo con A.SE.P. s.p.a. l'adeguamento del compenso.

Inoltre la decisione di cui alla delibera n. 102/2007 è stata supportata dalla relazione 21.12.2007 del Responsabile del servizio tecnico — manutentivo del Comune di XXXXX, recante la puntuale indicazione delle ragioni che rendevano necessario l'adeguamento dei servizi, con dimostrazione, altresì, della convenienza economica dell'operazione.

Altra ragione per escludere la colpa grave dei convenuti, sarebbe, infine, la circostanza che la deliberazione in esame è stata adottata sulla scorta del parere favorevole di legittimità del Segretario comunale.

La difesa contesta anche la quantificazione del danno (Euro 175.030,61, pari al 10% del corrispettivo versato ad A.SE.P. s.p.a. in esecuzione della delibera n. 102/2007, con riferimento agli anni 2008, 2009 e 2010) per le seguenti ragioni:

A) la delibera contestata non può aver determinato alcun danno per l'Amministrazione comunale, in quanto il servizio reso da A.SE.P, s.p.a. è stato sempre di qualità superiore e, comunque, equiparabile a quella di mercato. Quanto all'ammontare del corrispettivo, esso è del 10% inferiore rispetto a quello versato mediamente dal Comune di XXXXX negli anni 2005 — 2007, all'esito di procedimenti ad evidenza pubblica (relazione 21.12.2007, allegata alla delibera di CC. n. 102/2007).

B) Gli effetti economici conseguenti all'adozione della delibera di CC. n. 102/2007 attengono al mero incremento, in funzione dell'adeguamento dei servizi resi, del corrispettivo determinato con i precedenti atti deliberativi; incremento fissato nella misura di annui Euro 112.200,00, oltre ad IVA (relazione 21.12.2007 ripetutamente menzionata).

Pertanto il c.d. "danno alla concorrenza" dovrebbe essere calcolato su detto incremento annuo, non già, come indicato nell'atto di citazione, sull'intero corrispettivo annuo di Euro 501,400,00, oltre ad IVA. Con la convenzione approvata con la delibera di CC. n. 102/2007, il corrispettivo spettante ad A.SE.P. s.p.a. sarebbe stato semplicemente adeguato rispetto a quello previsto dalla convenzione previgente, in ragione dei servizi aggiuntivi pattuiti.

Considerandosi, a fini risarcitori, l'intero corrispettivo contrattuale annuo, verrebbero, pertanto, computati anche pagamenti, eccedenti la quota dell'arricchimento senza causa, che l'Amministrazione comunale avrebbe, comunque, dovuto effettuare, in quanto riferiti a prestazioni già contemplate dal contratto precedente.

Il danno ad avviso della difesa deve essere commisurato all'utile d'impresa calcolato sul solo importo corrispondente all'adeguamento (Euro 112.200,00) del corrispettivo contrattuale.

In caso contrario, la condanna non avrebbe funzione risarcitoria, ma assumerebbe una valenza (ingiustificatamente) punitiva nei confronti dei convenuti che verrebbero chiamati a risarcire un danno in realtà insussistente.

C) Inoltre, il danno in questione dovrebbe essere limitato alla percentuale del 5% sull'importo così determinato. Ciò in quanto la Corte dei conti (Sez. Lombardia 30.9.2009 n. 598), ha posto in evidenza che il cd. "danno alla concorrenza" è determinato dalla giurisprudenza amministrativa "in una percentuale del valore dell'appalto, 10% o 5% a seconda che si tratti di appalto di lavori o di forniture di beni e servizi", differenza – che precisa la sentenza citata – si giustifica in ragione del fatto che gli appalti di servizi e forniture sono caratterizzati da un minore rischio di impresa, di tal che l'utile di impresa può essere stimato, in via equitativa, nella percentuale del 5%.

D) Gli autori dell'esposto da cui ha preso avvio il procedimento in oggetto sono, dall'8 giugno 2009, Sindaco e componenti della maggioranza che governa il Comune di XXXXX. E' principio di carattere generale, sancito dall'art. 1227, comma 2, c.c., che il danneggiato debba operare attivamente al fine di contenere il pregiudizio sofferto. In questa direzione, gli odierni amministratori di detto Comune, perfettamente a conoscenza del contenuto della delibera di C.C. n. 102/2007, ben avrebbero potuto ed, anzi, dovuto, ritenendola pregiudizievole, annullare la delibera medesima in via di autotutela o rimuoverne gli effetti, non appena entrati nell'esercizio di dette funzioni; cosa che, invece, non hanno fatto.

Secondo la difesa non possono essere fondatamente imputate ai convenuti le conseguenze pregiudizievoli di tale comportamento omissivo. E, quindi, l'eventuale danno

dovrà essere limitato al periodo antecedente all'8.6.2009, data di proclamazione degli eletti alla carica di Sindaco e di Consigliere comunale del Comune di XXXXX.

La Procura Regionale ha disatteso tale ordine di considerazioni, evidenziando che l'annullamento, in via di autotutela, di un atto illegittimo richiede la puntuale valutazione riguardo alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale e soprattutto deve intervenire entro un ragionevole lasso di tempo, quando, nel caso di specie, l'esecuzione del rapporto contrattuale si era già protratta per un anno e mezzo all'atto dell'insediamento dei nuovi amministratori.

Ad avviso della difesa il decorso del tempo, ai fini dell'annullamento in via di autotutela dell'atto amministrativo, deve essere valutato, non in assoluto, ma in relazione alla durata del rapporto oggetto delle determinazioni amministrative.

Nel caso in esame, il tempo trascorso dall'inizio del servizio (un anno e mezzo, alla data dell'8.5.2009 di insediamento dei nuovi amministratori comunali), a fronte di un rapporto contrattuale destinato a protrarsi sino al 31.12.2025, non sarebbe eccessivo e, comunque, tale da impedire, in presenza dell'interesse pubblico, l'annullamento in via di autotutela della delibera di C.C. n. 102/2007.

Quanto all'interesse pubblico, la difesa rappresenta un'alternativa: o detto interesse era inconfigurabile ed allora l'esposto presentato dagli attuali amministratori comunali lamentando il grave pregiudizio per il Comune di XXXXX è da ritenersi pretestuoso, con la conseguenza che i convenuti devono essere mandati assolti da qualsivoglia pretesa risarcitoria per assenza di danno, o l'interesse medesimo era, invece, sussistente ed allora gli attuali amministratori comunali avrebbero dovuto annullare tempestivamente in via di autotutela la delibera di C.C. n. 102/2007.

Il non averlo fatto (la delibera succitata spiega, tutt'ora, i suoi effetti) comporta, sulla base del principio di cui all'art. 1227, comma 2, c.c., che i convenuti non possano essere

condannati a risarcire il danno maturato in epoca successiva all'insediamento dei nuovi amministratori comunali.

Sulla scorta delle suesposte considerazioni, X Mauro, X Aiberta, X Monica, X Giulio, X Gianipaolo, X Gilberto, X Enrica, X Carmen, X Gianni, X Maria Cristina, X Alessandro e X Maria, chiedono l'accoglimento delle seguenti conclusioni: in via principale, respingere le domande proposte dalla Procura Regionale, con l'atto di citazione introduttivo di questo giudizio, mandando assolti i convenuti dal pagamento di qualsiasi importo risarcitorio; in via di estremo subordine, determinare il cd. "danno alla concorrenza" per i fatti di cui è causa in conformità a quanto dedotto con l'atto difensivo.

Con memoria depositata il 22-12-2011 si è costituito X ALBERTO formulando sostanzialmente le stesse deduzioni e conclusioni dei convenuti sopra citati.

Con memoria depositata il 22-12-2011 si è costituito il dr. Federico X.

Secondo la difesa di X, la delibera in oggetto non può essere considerata alla stregua di un atto novativo del contratto già in essere con A.SE.P. Spa., perchè non si è modificato l'oggetto dell'originario rapporto contrattuale, né si sono previste diverse modalità di determinazione del corrispettivo spettante alla società ridetta.

L'Amministrazione comunale si è limitata ad adeguare il servizio all'intervenuto e previsto aumento quantitativo dei cespiti oggetto di manutenzione, nonché a completare, in termini pure previsti, il quadro degli interventi manutentivi sugli edifici comunali, doverosamente adeguando di conseguenza anche il corrispettivo.

L'oggetto e le condizioni economiche dell'affidamento sono pertanto rimasti invariati, perché previsti come eventualità già disciplinata da precedenti provvedimenti amministrativi (le delibere richiamate nella parte iniziale dello stesso atto di citazione).

Il presunto carattere novativo non potrebbe essere dedotto dalla sola proroga della durata dell'affidamento, anche perché non assume autonomo e specifico rilievo nel caso di

specie, posto che il danno alla concorrenza contestato è riferito ad un periodo comunque antecedente al periodo di proroga, rimanendo ancorato alla durata del contratto fissata al 31.12.2013 con delibera CC. n. 147/2003.

L'art. 113, comma 5, lett. b) del TUEL, nella versione, in vigore all'epoca dei fatti, introdotta dall'art. 14 del DL 269/03, come modificato dalla relativa legge di conversione, consentiva l'affidamento diretto di servizi pubblici locali di rilevanza economica a società a capitale misto, a condizione che il socio privato fosse stato scelto all'esito di un procedimento ad evidenza pubblica. E ciò si sarebbe verificato nel caso di A.SE.P., atteso che i soci privati industriali AIMAG Spa e TEA Spa erano stati scelti all'esito di gare, bandite rispettivamente nel 2001 e nel 2004, quando non vi era indicazione per lo svolgimento della c.d. gara a doppio oggetto.

La difesa nega la sussistenza, nel 2007, di un preciso e consolidato orientamento giurisprudenziale.

L'unico orientamento disponibile era quello risalente al parere Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007 n. 456. Parere che da un lato era ignoto ai più e non risultava seguito da alcun significativo arresto giurisprudenziale e che, d'altro lato, non avrebbe assunto nel caso di specie significato, visto che le gare per la scelta dei soci privati di A.SE.P. sono state bandite ed espletate nel 2001 e nel 2004, dunque assai prima del 2007.

Secondo la difesa di X nel caso di specie manca comunque l'elemento psicologico della colpa grave.

Al riguardo la difesa nega che la semplice (ma contestata) violazione di una norma integri per sé sola quell'inescusabile trascuratezza e quella gravissima negligenza che, secondo il costante insegnamento del Giudice contabile, valgono ad integrare detto elemento psicologico.

Inoltre, il disposto dell'art. 113, comma 5, lett. b) TUEL e i limiti dell'affidamento diretto operato a favore di società miste sono stati chiariti, a seguito del noto contrasto giurisprudenziale fra la Sez. V del Consiglio di Stato e il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Sicilia, solo con sentenza n. 1/2008 dell'Adunanza plenaria dello stesso Consiglio di Stato e pertanto successivamente alla delibera oggetto di contestazione.

Alla data di adozione della delibera, la stessa giurisprudenza amministrativa non solo non aveva maturato un orientamento univoco sul punto, ma anzi era orientata, al suo massimo livello, in direzioni diametralmente opposte.

La sussistenza di un contrasto giurisprudenziale costituisce elemento idoneo ad escludere la sussistenza dell'elemento psicologico, richiesto al fine di fondare una pronuncia di responsabilità (C. Conti, Sez. riunite, 15.9.1983, n. 347; C. Conti, Sez. giurisdiz. Sicilia, 23.10. 1996, n. 213; 12.3.1996, n. 57).

La difesa di X contesta anche la sussistenza e l'ammontare del danno alla concorrenza, causato in forza dell'adozione della delibera n. 102/2007, per le seguenti ragioni:

a) Il danno viene commisurato, nell'atto di citazione, nella misura del 10% del corrispettivo per l'espletamento del servizio, corrisposto ad A.SE.P. dal Comune di XXXXX in esecuzione della delibera n. 102/2007, con riferimento agli anni 2008, 2009 e 2010, danno pari ad €175.030,61 (10% di €1.750.306,10) e viene addebitato al Dr. X nella misura di €8.751,53.

La delibera contestata non può ad avviso della difesa aver determinato alcun danno per l'amministrazione comunale, dato che il servizio reso da A.SE.P. è stato sempre di qualità superiore e comunque equiparabile a quella di mercato. Quanto all'ammontare del corrispettivo, esso è del 10% inferiore a quello versato mediamente dal Comune di XXXXX

negli anni 2005 — 2007, all'esito di procedimenti ad evidenza pubblica (relazione 21.12.2007, allegata alla delibera n. 102/2007).

b) Gli effetti economici conseguenti all'adozione della delibera n. 102/2007 attengono al mero incremento del corrispettivo, precedentemente determinato, in funzione dell'adeguamento dei servizi resi; incremento fissato nella misura di annui € 112.200,00, oltre ad IVA (relazione 21.12.2007).

Pertanto, secondo la difesa di X, il cd. danno alla concorrenza dovrà essere calcolato su detto importo annuo, e non già sull'intero corrispettivo annuo di € 501.400,00, oltre ad IVA, determinato dalla delibera n. 102/2007.

Anche nella ipotesi in cui si convenisse su tale carattere novativo della delibera, sul Comune di XXXXX, a seguito della relativa adozione, non sarebbe venuto meno l'obbligo di corrispondere ad A.S.E.P. le somme dovute in forza delle delibere precedenti, per cui l'ammontare del danno risulterebbe comunque limitato alla sola differenza fra importo precedente e importo successivo, quanto meno a titolo di compensatio lucri cum damno.

c) Il danno in questione dovrebbe essere limitato alla percentuale del 5% e non già a quella del 10%.

d) Da ultimo, gli autori dell'esposto da cui ha preso avvio il procedimento sono, dall'8 giugno 2009, Sindaco e componenti della maggioranza che governa il Comune di XXXXX.

Il danneggiato dovrebbe comunque operare attivamente al fine di contenere il pregiudizio sofferto. Secondo la difesa di X, gli odierni amministratori di detto Comune, a conoscenza del contenuto della delibera n. 102/2007, ben avrebbero potuto e dovuto annullarla in via di autotutela o rimuoverne gli effetti, non appena entrati nell'esercizio di dette funzioni. Quindi secondo la difesa non possono essere imputate al convenuto le conseguenze pregiudizievoli di tale comportamento omissivo e il danno dovrebbe esser

limitato al periodo antecedente all'8.6.2009, data di proclamazione degli eletti alla carica di Sindaco e di Consigliere comunale di XXXXX.

La difesa di X conclude quindi: in via principale, per la sua assoluzione, in via subordinata, determinarsi il danno alla concorrenza per i fatti di cui al presente giudizio in conformità a quanto dedotto nell'atto difensivo.

Nell'udienza la Procura attrice ha confermato le conclusioni già rassegnate.

La difesa ha insistito nelle deduzioni e contestazioni già formulate.

In particolare il PM ha insistito sulla nullità del contratto dovuta all'assenza di gara per l'individuazione del contraente e ribadisce che il corrispettivo pagato dall'amministrazione, per la parte eccedente l'arricchimento senza causa, costituisce danno erariale.

L'avvocato Gianolio ha sostenuto che non c'è stato un nuovo affidamento, ma una integrazione del contratto già in essere, dovuta ad un adeguamento dello sviluppo urbanistico.

L'avvocato Colombo ha eccepito che non ci possono essere effetti novativi se il contratto è nullo ed ha chiesto una consulenza tecnica per la determinazione del danno.

Terminata la discussione, il giudizio è passato in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Collegio, in assenza di questioni preliminari o pregiudiziali, esamina il merito della vicenda oggetto di questo giudizio.

La Procura ha promosso azione di responsabilità per il danno derivante al Comune di XXXXX dall'adozione della deliberazione consiliare n. 102 del 27 dicembre 2007, inerente l'affidamento diretto di servizi pubblici locali alla società ASEP spa a capitale misto pubblico privato, perché in contrasto con le regole dell'evidenza pubblica

Nella specie, alla convenzione già in essere (meglio descritta nelle premesse in fatto) venivano apportate innovazioni che riguardavano:

a) l'ampliamento della durata (sei anni prima della scadenza, già fissata al 31 dicembre 2013) portata al 31 dicembre 2025;

b) l'ampliamento dell'oggetto, con l'affidamento di tutta l'attività di manutenzione delle aree verdi e degli immobili comunali e l'aggiornamento delle aree servite;

c) il conseguente aumento del corrispettivo annuo, innalzato ad euro 501.400,00, oltre IVA al 20%, per una spesa annua complessiva di euro 601.680,00.

In materia, l'art. 113, primo comma, primo periodo, del Decreto Legislativo 18/08/2000, n. 267, nel testo all'epoca vigente così statuiva:

"1. Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore".

Secondo il quinto comma della stessa disposizione (sostituito dall'articolo 14, comma 1, del D.L. 30 settembre 2003, n. 269) vigente al dicembre 2007:

[5. L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano]”.

Il dodicesimo comma dello stesso art. 113, appena citato, prevede che:

“12. L'ente locale può cedere in tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere”.

Dal combinato disposto delle norme citate emerge che le società per azioni a capitale misto possono essere costituite dagli Enti locali allo scopo di affidare loro i servizi pubblici di propria competenza, ma non possono in alcun modo, né diretto né indiretto, costituire strumento per la violazione delle regole di evidenza pubblica (nazionali e comunitarie) che presidono l'affidamento dei servizi pubblici locali.

La Procura evidenzia che la delibera consiliare n. 102 del 27 dicembre 2007 costituisce una novazione della convenzione già in essere con ASEP spa, perché modifica elementi essenziali del contratto di affidamento: la durata, portata dal 31 dicembre 2013 al 31 dicembre 2025; l'oggetto, con l'affidamento di tutta l'attività di manutenzione delle aree verdi e degli immobili comunali e l'aggiornamento delle aree servite; il corrispettivo annuo, innalzato ad euro 501.400,00, oltre IVA al 20%, per una spesa annua complessiva di euro 601.680,00.

La predetta delibera consiliare avrebbe, sostanzialmente, previsto un rinnovo (novazione) del contratto già in essere e integrato una ipotesi di (nuovo ed ulteriore) affidamento diretto, in violazione delle regole dell'evidenza pubblica, imposte in materia di

servizi pubblici locali dal citato art. 113, comma 5, d.lgs 267/00, nel testo in vigore all'epoca dei fatti.

La giurisprudenza della Corte Conti, con riferimento ad una ipotesi di affidamento di servizi pubblici locali, ha statuito che l'ampliamento delle prestazioni concordate e/o del compenso pattuito comporta una novazione nell'oggetto contrattuale e quindi da vita ad un nuovo contratto, assoggettato alla normativa in vigore al momento della sua sottoscrizione (Sez. Lazio 26 ottobre 2010 n. 1990).

Il giudice amministrativo ha poi più volte affermato che si configura rinnovo e non proroga del contratto quando sono modificati: il contenuto della prestazione, le modalità dell'esecuzione, l'entità del corrispettivo, la durata contrattuale, in misura tale che il nuovo contratto (diverso da quello originario) costituisce nuovo esercizio della autonomia negoziale tra gli originari contraenti (Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2004, n. 2961; Cons. Stato, Sez. VI, 29 marzo 2002, n. 1767; Cons. Stato, Sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9302; TAR Lazio Roma. Sez. I bis, 13 febbraio 2006, n. 1062).

In particolare, ha affermato che la proroga sposta in avanti il solo termine di scadenza del rapporto, che resta regolato dalla convenzione annessa all'atto di affidamento di un servizio, mentre il rinnovo del contratto comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale (Cons. Stato n. 9302/2003 cit).

E così, la proroga del servizio di tesoreria sposta in avanti il solo termine di scadenza del rapporto che resta regolato dalla convenzione accessiva all'atto di affidamento del servizio, venuto meno per scadenza del termine finale. Il rinnovo del contratto di tesoreria comporta, invece, una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma della convenzione precedente, oppure con la modifica di alcuni suoi elementi, non più attuali (Cons. Stato n. 1767/2002 cit.).

Lo stesso giudice amministrativo, poi, ha affermato l'illegittimità della determinazione con cui il comune dispone il rinnovo del contratto per la fornitura di beni e servizi con la medesima impresa precedentemente titolare dello stesso, sul presupposto che quest'ultima avrebbe continuato a svolgerlo agli stessi prezzi già praticati con il precedente rapporto, essendo, invece, necessario per l'amministrazione che voglia procedere ad un rinnovo contrattuale acquisire, attraverso un'istruttoria, le informazioni concernenti i prezzi correnti al precipuo fine di valutare la convenienza della rinnovazione stessa (Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2003, n. 2079).

Nella fattispecie in esame, la delibera consiliare n. 102/07 rinvia, nelle premesse, all'allegata relazione del responsabile del settore tecnico-manutentivo LL.PP. per la descrizione "delle nuove modalità di affidamento del servizio per la manutenzione completa degli edifici e del verde", per l'aggiornamento "dell'elenco delle aree servite" ed, infine, per la quantificazione "del nuovo canone annuo".

E' quindi evidente che il Comune, nel dare vita a queste modifiche ha rinnovato l'esercizio della sua autonomia negoziale, anche nella nuova determinazione del corrispettivo.

I convenuti ammettono che con l'adozione della delibera n. 102/07, l'ASEP spa ha riconosciuto uno sconto sul prezzo mediamente sostenuto dal Comune nel triennio precedente, ciò che ulteriormente conferma l'esistenza di una nuova negoziazione tra gli originari contraenti.

Infatti, l'atto consiliare n. 102/07 – sulla base dell'originario affidamento disposto nel 2002 fino al 2007, già ampliato nel 2003 nell'oggetto e prolungato nel tempo fino al 2008, e poi ancora sempre nel 2003 ulteriormente prolungato fino al 2013 - ha disposto l'affidamento diretto, fino al 31 dicembre 2025, dell'intera attività manutentiva ordinaria di tutti gli edifici comunali e delle aree verdi, ricomprendendo prestazioni prima non previste

ed aree precedentemente non servite, per un corrispettivo corrispondentemente ben superiore.

Premesso che l'art. 23 della L. 18 aprile 2005 n. 62 ha posto – secondo il consolidato orientamento del Consiglio di Stato (cfr. all'epoca dei fatti, IV Sez. 31 maggio 2007 n. 2866) – un espresso divieto al rinnovo dei contratti, la predetta delibera n. 102/07 ha dunque palesemente violato le norme sopra citate sull'affidamento dei servizi perché le gare attraverso le quali erano stati individuati i soci privati di ASEP spa (AIMAG spa nel 2001 e TEA spa nel 2004) – come risulta dagli atti – si erano svolte senza alcuna indicazione specifica dei compiti operativi richiesti ai nuovi soci e soprattutto erano state espletate diversi anni prima rispetto all'affidamento del 2007 e, dunque, non in vista ed in funzione di tale affidamento.

La giurisprudenza amministrativa, già all'epoca dei fatti, riteneva che, in ipotesi di società miste, la gara per la scelta del socio privato consentisse di omettere quella per l'affidamento concreto del servizio alla società mista solo se la prima aveva avuto modo di delineare, con sufficiente chiarezza e precisione, i compiti operativi cui sarebbe stato chiamato il socio privato, e sempreché il socio privato non si fosse configurato quale socio "stabile", essendo, comunque, necessario il rinnovo della gara alla cessazione dell'originario periodo di affidamento (Cons. Stato, Sez. II, parere 18 aprile 2007 n. 456).

Questo Collegio condivide tale orientamento nel senso che l'impossibilità di ammettere un "socio stabile" discendeva direttamente dal comma 5 dell'art. 113, se letto alla luce del successivo comma 12: "l'ente locale può cedere tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento".

Lo svolgimento di una procedura pubblica di selezione del socio privato (avvenuta diversi anni prima), non autorizzava dunque il successivo affidamento diretto del servizio –

notevolmente ampliato nell'oggetto, nel corrispettivo e nella durata – alla società mista, in deroga alle regole che impongono la gara ai fini dell'affidamento del servizio medesimo.

Nella fattispecie, al momento dell'ingresso nel capitale di ASEP spa dei soci privati, il servizio alla cui gestione era chiamata ASEP medesima, rivestiva caratteristiche affatto difformi (sia per l'oggetto, sia per le dimensioni sia per la durata) rispetto a quelle poi assunte con la delibera consiliare n. 102/07.

All'atto dell'adozione della determina dirigenziale n. 33 del 24 gennaio 2002 prevedente l'aggiudicazione di parte del capitale sociale a favore di AIMAG spa, infatti, la soc. ASEP spa risultava affidataria diretta, fino al 31 marzo 2007, del servizio di manutenzione di parte delle sole aree verdi, per l'importo annuale di €.36.000,00 (delibera consiliare n. 18 del 23 febbraio 2002 - all. n. 3 del fascicolo della Procura).

Al momento dell'assunzione della determina n. 872 del 22 dicembre 2004, prevedente l'aggiudicazione di altra parte del capitale sociale a favore di TEA, ASEP spa beneficiava, invece, dell'affidamento diretto, già prolungato fino al 31 dicembre 2013, di parte dell'attività manutentiva ordinaria di alcune strade, di parte degli edifici comunali e delle aree verdi, per l'importo annuale di €.324.000,00 (delibere consiliari nn. 36 del 18 aprile 2003 e 147 del 29 dicembre 2003) (all. n. 5 e 6 del fascicolo della Procura).

L'atto consiliare n. 102/07 ha disposto l'affidamento diretto, fino al 31 dicembre 2025, dell'intera attività manutentiva ordinaria di tutti gli edifici comunali e delle aree verdi, ricomprendendo prestazioni prima non previste ed aree precedentemente non servite; tutto ciò per un corrispettivo superiore, pari a €.501.400,00 + IVA all'anno fino al 2025, salvi gli adeguamenti previsti dall'art. 8 della convenzione.

Non può omettersi di rilevare che il predetto atto consiliare risulta adottato il 27 dicembre 2007 (e cioè ben sei anni prima della naturale scadenza del precedente affidamento, già prolungato al 31 dicembre 2013), dopo l'intervenuta approvazione, e il

giorno prima della pubblicazione nella G.U.R.I. della L. 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria del 2008), che all'art. 3 ventisettesimo comma – oggetto prima dell'approvazione, di acceso dibattito in sede politica e dottrina – così statuiva: "Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società", aggiungendo al comma successivo che: "L'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27. La delibera di cui al presente comma è trasmessa alla sezione competente della Corte dei conti". Appare evidente come la deliberazione 102/2007 – in limine ad un così rilevante intervento normativo e in dissonanza dalle sue finalità – ha determinato un consolidamento estremamente consistente della posizione di fatto e degli interessi della soc. ASEP e dei suoi soci, pubblici e privati.

La violazione, da parte della più volte citata deliberazione 102/2007, delle regole dell'evidenza pubblica rileva sotto il profilo della responsabilità amministrativa, atteso che il puntuale rispetto del "modello contrattuale conforme alle normali regole di contabilità" costituisce un vero e proprio obbligo di servizio, siccome finalizzato a garantire (anche) il miglior uso delle risorse finanziarie pubbliche (Corte Conti, Sez. Lombardia, nn. 598/09; 428/09; Sez. Sardegna n. 275/07).

Il principio di concorsualità degli affidamenti è parte integrante del sistema giuridico comunitario e nazionale e deve essere attuato in tutti i procedimenti di scelta del contraente privato, in quanto strumentale all'attuazione della legalità e buon andamento dell'azione amministrativa, così come emerge chiaramente dal Codice dei contratti, senza

alcuna esclusione (cfr. artt. 27, relativo ai contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice stesso e art. 30 in materia di concessione di servizi).

La Corte di Cassazione in proposito ha statuito che "nel contratto di appalto pubblico l'omissione della gara prescritta dalla legge per l'individuazione del contraente privato comporta la nullità del contratto per contrasto con norme imperative", aggiungendo che, a seguito della declaratoria di nullità, all'appaltatore "eventuali restituzioni potevano spettare soltanto in forza di azione di ripetizione dell'indebito o di indebito arricchimento" (sent.za n. 11031/08), ed ha poi ribadito che "l'elusione delle garanzie di sistema a presidio dell'interesse pubblico prescritte dalla legge per l'individuazione del contraente privato più affidabile comporta la nullità del contratto per contrasto con le relative norme inderogabili ... e conseguentemente non dovuti, dagli enti, i compensi sulla base di questo erroneamente riconosciuti dall'impugnata sentenza alla società" (sent.za n. 3672/2010).

Anche secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale le disposizioni sulle procedure di evidenza pubblica sono inderogabili in quanto assicurano il rispetto delle regole concorrenziali, dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei valori costituzionali di trasparenza, imparzialità ed economicità dell'azione dei pubblici poteri (sent.ze 17 dicembre 2008, n. 411, 23 novembre 2007 n. 401 e 13 gennaio 2004 n. 14).

Il danno di cui trattasi non può definirsi "alla concorrenza", riferendosi questo, più correttamente, al danno subito dalle imprese illegittimamente escluse dall'aggiudicazione della gara, i cui interessi sono tutelabili dinanzi al giudice amministrativo, bensì è danno all'erario conseguente alla violazione delle norme imperative, comunitarie e nazionali che disciplinano le modalità di affidamento, a tutela della concorrenza, con conseguente nullità del contratto ed illiceità di qualsiasi pagamento eccedente l'arricchimento senza causa.

Secondo la Corte costituzionale (sent.za n. 401/2007 cit.): "l'osservanza dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza", insiti nella tutela della concorrenza, "costituisce attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 della Costituzione".

Si deve poi ricordare che le norme e i principi comunitari vanno comunque applicati, anche in presenza di difformi norme interne, come ricordato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui i giudici nazionali e gli organi dell'amministrazione hanno l'obbligo di applicare integralmente il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che quest'ultimo attribuisce ai singoli, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (sentenze 22.3.1989 C-103/88, 11.1.2007 C-208/05, 5.3.96 C-46/93).

Questa Sezione, in linea con la propria giurisprudenza in materia, ampiamente consolidata (cfr. sent.ze n. 477/2006; 448/2007; 135,288, 979, 980/2008; 70, 428, 476, 767, 808, 809, 810, 811/2009; 109/2011), ha dato puntuale applicazione a tali principi, affermando testualmente che "il danno..... viene individuato nei pagamenti eccedenti la quota riconducibile all'arricchimento senza causa, sicché l'utile di impresa rappresenta la misurazione di tale eccedenza" (sent.za n. 598/2009).

Nella citata giurisprudenza, in ordine alla determinazione ed alla quantificazione del danno erariale, è stato richiamato il criterio che fa riferimento, sulla base di un orientamento della giurisprudenza amministrativa, ad una percentuale del valore dell'appalto, e cioè al 10 % o al 5 % a seconda che l'appalto concerna lavori oppure fornitura di beni o servizi.

Si tratta del criterio liquidatorio dell'utile di impresa, che viene mutuato dalle cause di risarcimento per equivalente, nel caso in cui non sia possibile la reintegrazione in forma

specifica della pretesa dell'impresa ricorrente vittoriosa. Esso muove dal presupposto della spettanza, al privato contraente, nel caso di vizi della procedura ad evidenza pubblica, del solo importo corrispondente all'arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., in luogo del corrispettivo contrattuale.

A questo orientamento giurisprudenziale si è poi allineata anche parte della giurisprudenza successiva (Corte conti, Sez. Piemonte, sent.ze n. 221/2009, 96/2010, 11, 35 e 44/2011 e Sez. Abruzzo, sent.za n. 23/2011) e l'orientamento stesso è stato ulteriormente e di recente confermato, affermandosi che "l'elusione delle garanzie prescritte dalla legge, dettate a salvaguardia dell'interesse pubblico e regolanti le procedure per l'individuazione del contraente privato più affidabile e più tecnicamente organizzato per l'espletamento dei lavori, comporti un danno patrimoniale per l'Ente appaltante, nella elementare considerazione che dalla violazione di norme imperative discende sempre la nullità del contratto, con il conseguente obbligo, per l'Amministrazione, di erogare al privato contraente un compenso limitato al solo arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., con esclusione di quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace" (sez. Sardegna n. 595/2011).

Il Collegio, condividendo i principi enunciati nella giurisprudenza citata, ritiene quindi che il contratto stipulato in esecuzione della delibera n. 102 del 2007 sia radicalmente nullo, con conseguente danno per il Comune di XXXXX.

Considerato che le prestazioni dedotte in contratto hanno avuto comunque regolare esecuzione, il danno addebitabile deve essere limitato ai soli pagamenti eccedenti l'arricchimento senza causa e dunque all'utile d'impresa, tenuto conto dell'art. 2041 del codice civile, secondo cui: "Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra

persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, o indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale".

La stessa circostanza dello "sconto" offerto dalla soc. ASEP in sede di rinegoziazione del nuovo rapporto, se da un lato può mettere in dubbio la congruità dei prezzi fino a quel momento riconosciuti dal Comune di XXXXX, dall'altro certamente è sintomatica della possibilità che un confronto concorrenziale avrebbe potuto determinare una loro ulteriore diminuzione.

Quanto alla misura del predetto danno, in assenza di più puntuali elementi di valutazione anche e proprio per la mancanza di un mercato concorrenziale, il Collegio ritiene di fare riferimento all'orientamento giurisprudenziale (cfr. questa stessa Sezione n. 598/ 2009 e giurisprudenza conforme ivi citata) che ha già indicato come percentuale equitativamente utilizzabile quella del 10% o del 5%, a seconda che si tratti di appalti di lavori o fornitura di servizi, percentuale che prende spunto dalla disposizione dell'art. 345 della legge n. 2248/1865, all. F, v. ora art. 134 del d. l.vo 12 aprile 2006, n. 163.

Nella fattispecie risulta che la nuova convenzione con ASEP spa, firmata in data 31 dicembre 2007 (all. n. 12-bis del fascicolo della Procura), prevede un affidamento misto di lavori e servizi, per cui in ragione della sostanziale prevalenza dei lavori sui servizi, il Collegio ritiene equo individuare la misura del danno nella percentuale dell'8%.

Quanto alla base sulla quale operare il calcolo della suddetta percentuale, la delibera n. 102/07 ha comportato un adeguamento, a fronte dell'ampliamento dei servizi resi, del corrispettivo determinato con i precedenti atti deliberativi (che non sono stati contestati dalla Procura regionale), per cui il danno va calcolato solo su detto incremento annuo (pari ad € 112.200,00, oltre IVA) e non sull'intero corrispettivo annuo.

In ordine al periodo, poi, si deve fare riferimento all'intero periodo contestato (2008-2009-2010), senza possibilità di escludere dal computo quello nel quale i convenuti, come

sostenuto dalle difese, non avevano più il potere di intervenire, essendo cessati dalla carica.

Ciò in quanto l'annullamento in autotutela di un atto illegittimo – che i convenuti prospettano come onere dei nuovi amministratori, il cui mancato esercizio non potrebbe essere loro addebitato – richiede la sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale, valutazione che deve tener conto non solo del tempo di esecuzione del contratto già trascorso, ma di molti altri elementi che escludono una diretta correlazione tra la mancata rimozione della delibera n. 102/2007 e la limitazione temporale della responsabilità dei convenuti in questo giudizio.

Appare infatti evidente che l'affidamento oggetto di tale delibera aveva determinato una consistente aspettativa economica da parte di ASEP spa, tutelabile in sede giurisdizionale, per cui l'esercizio del potere di autotutela avrebbe ragionevolmente determinato l'insorgenza di un contenzioso, con un inevitabile "costo" per il Comune.

Attesa la predetta valutazione in termini di equità dell'entità del danno erariale deve essere quindi respinta la domanda di consulenza tecnica per la determinazione del danno.

* * * * *

Il danno così determinato è imputabile alla condotta gravemente colposa dei sigg.ri X Mauro, X Alberta, X Monica, X Giulio, Giampaolo X, X Gilberto, X Enrica, X Carmen, X Gianni, X Maria Cristina, X Alessandro, X Maria, i quali, nella veste di componenti del Consiglio comunale di XXXXX, hanno espresso voto favorevole alla deliberazione n. 102/207.

Del predetto danno devono essere chiamati a rispondere, sempre a titolo di colpa grave, anche il geom. Alberto X, il quale, nella veste di Responsabile del Servizio tecnico-manutentivo, ha espresso parere di regolarità tecnica (art. 49 d.lgs 267/00), pur in presenza di rilevanti sintomi di anomalia del provvedimento, nonché il dott. X Federico,

Segretario generale all'epoca dei fatti, che ha assisto alla seduta consiliare nella quale è stata adottata la deliberazione n. 102/07, senza segnalare l'illegittimità dell'emanando atto.

Al riguardo, infatti, si condivide l'orientamento per cui la segnalazione da parte del Segretario generale agli amministratori di un Ente locale dei profili di illiceità dei provvedimenti che i medesimi si accingono ad adottare, costituisce un preciso obbligo di servizio, discendente dalla sua posizione di garante della legalità dell'azione amministrativa dell'Ente medesimo ai sensi dell'art. 97 TUEL, la cui violazione può determinare l'insorgenza di responsabilità erariale, concorrente con quella degli amministratori (Sez. Lazio n. 1990/2010; Sez. Lombardia n. 473/09).

La giurisprudenza della Corte di Conti ha affermato che ad integrare la colpa grave "non è sufficiente la violazione della legge o di regole di buona amministrazione, ma è necessario che questa violazione sia connotata da inescusabile negligenza o dalla previsione dell'evento dannoso" (Sez. III, 12 febbraio 2010 n. 75 e 23 settembre 2011 n. 630; Sez. Sicilia, 22 settembre 2009 n. 281 e 10 giugno 2010 n. 1228).

Le difficoltà interpretative riguardanti la normativa da applicarsi – ove pure effettivamente sussistenti, come dedotto dai convenuti - imponevano quanto meno di approfondire le questioni, ricorrendo eventualmente a qualificati pareri legali, ma astenendosi dall'adozione della delibera n. 102 del 2007, in attesa del consolidamento della giurisprudenza sul caso in esame, tenuto anche conto che il rapporto con la soc. ASEP sarebbe scaduto solo nel 2013 e che ad eventuali sopravvenute esigenze operative era possibile far fronte con gli ampliamenti dell'oggetto del contratto consentiti dalla normativa vigente.

Non si può non rilevare che con il citato parere del Consiglio di Stato n. 456/2007, era stata posta in rilievo l'esigenza di definire chiaramente i criteri di scelta del socio

privato anche con riguardo ai profili riguardanti la necessità di individuare preventivamente i compiti operativi del socio privato e l'ammissibilità del cd. socio "stabile", inserito a tempo indeterminato nella compagine sociale.

Tale parere non era certamente sconosciuto – come pure affermato in udienza da una delle difese – in quanto fin dal mese di giugno era stato riportato e commentato in una delle più note e diffuse riviste giuridiche.

A seguito di detto parere, una Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato (Sez. V, 23 ottobre 2007 n. 5587), aveva rimesso alla Adunanza Plenaria l'esame delle anzidette questioni e di altre ancora sempre in tema di società miste, individuando sufficienti profili di incertezza applicativa che avrebbero dovuto indurre ad estrema prudenza in attesa di una soluzione definitiva.

E' pertanto evidente che il Consiglio Comunale di XXXXX ha quindi agito in una situazione di incertezza circa i presupposti per l'affidamento diretto dei servizi alla società A.SE.P tale che avrebbe dovuto indurre ragionevolmente a sospendere la relativa decisione, rinviandola ad un momento successivo ai necessari approfondimenti.

La colpa grave non è esclusa dal fatto che i convenuti hanno espresso voto favorevole alla delibera di C.C. n. 102/2007 facendo affidamento sull'art. 7 della convenzione approvata con la delibera di C.C. 29.12.2003 n. 147 (clausola che prevedeva la possibilità, per l'Amministrazione comunale, di chiedere integrazioni e/o modifiche ai servizi già concordati, pattuendo con A.SE.P. s.p.a. l'adeguamento del compenso), per la evidente ragione che una clausola contrattuale non può costituire valida ragione per la violazione di norme imperative soprattutto quando le integrazioni e le modifiche ai servizi già concordati, e l'anomalo prolungamento nel tempo dell'affidamento, erano di una tale consistenza da stravolgere sostanzialmente l'originario affidamento.

La decisione di cui alla delibera n. 102/2007 è stata supportata dalla relazione 21.12.2007 del Responsabile del servizio tecnico — manutentivo del Comune di XXXXX, recante la indicazione delle ragioni dell'adeguamento dei servizi.

Anche la presenza di questa relazione non impediva di aspettare il responso della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sulle questioni incerte ma estremamente rilevanti ai fini della legittima deliberazione, o quantomeno di effettuare ovvero far effettuare gli approfondimenti necessari per verificare la fattibilità giuridica dell'operazione.

Pertanto si deve pronunciare la condanna dei convenuti al pagamento, in favore del Comune di XXXXX, della somma di € 32.256,00# ($112.000,00 + IVA\ 20\% = 134.400,00 \times 3\ anni = 403.200,00 \times 8\% = 32.256,00$), già comprensiva della rivalutazione monetaria in esercizio del potere riduttivo, oltre gli interessi al tasso legale dalla data di deposito sino al saldo effettivo.

Per quanto concerne la ripartizione del danno, il Collegio ritiene equo addebitare, in parti eguali, l'80% del danno complessivamente contestato (80% di euro 32.256,00, ossia 25.804,80), a carico dei sig. rri X Mauro, X Alberta, X Monica, X Giulio, Giampaolo X, X Gilberto, X Enrica, X Carmen, X Gianni, X Maria Cristina, X Alessandro, X Maria, ognuno dei quali è, dunque, chiamato a rispondere dell'eguale importo di euro 2.150,40#.

Il restante 20% del danno complessivamente contestato (20% di euro 32.256,00, ossia 6.451,2), deve posto a carico, in parti eguali, al geom. Alberto X ed al dott. Federico X, ognuno dei quali, è chiamato a rispondere dell'eguale importo di euro 3.225,60#.

La condanna alle spese segue la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte dei conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Lombardia, in composizione collegiale, definitivamente pronunciando, condanna i convenuti al pagamento, in favore del Comune di XXXXX, con la ripartizione precisata in parte motiva,

della somma di €.32.256,00# (trentaduemiladuecentocinquantasei/00), già comprensiva della rivalutazione monetaria, oltre gli interessi al tasso legale dalla data di deposito sino al saldo effettivo.

Condanna i convenuti alla refusione delle spese di lite, che liquida in complessivi euro 5915,28 (cinquemilanovecentoquindici/28).

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 11-1-2012 e del 22-2-2012.

IL GIUDICE ESTENSORE

(Maurizio MASSA)

IL PRESIDENTE

(Claudio GALTIERI)

Depositata in Segreteria 24/10/2012

IL DIRIGENTE