

La Corte dei Conti condanna un Dirigente Responsabile del Servizio Area Funzionale Tecnica di un Comune, in qualità di Responsabile del Procedimento, al danno erariale pari a €51.542,00, per il mancato incameramento della polizza cauzionale prestata da una ditta a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali relative all'appalto, successivamente rescisso, per fatto imputabile all'esecutrice (a cagione di sopravvenuti seri motivi di salute del titolare dell'impresa), con una delibera comunale: un funzionario preposto ad un Ufficio Tecnico Comunale non può non conoscere la funzione della polizza definitiva!.

La Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Puglia, con la sentenza numero 196 del 24 febbraio 2006 ci insegna che:

< Passando, dunque, al nucleo essenziale della domanda risarcitoria, osserva il Collegio che, in effetti, alla luce della vigente normativa nella soggetta materia, non residua in capo alla stazione appaltante alcuna discrezionalità nel far luogo all'incameramento della cauzione, in caso di inadempimento contrattuale dell'appaltatore>

sulla base di tale affermazione, l'adito giudice amministrativo, continua, affermando che:

< Invero, la formulazione dell'art. 30, comma 2 ter della legge n. 109/1994, così come dell'art. 101, 2° e 3° comma del relativo regolamento approvato con D.P.R. n. 554/1999, non lascia spazi per un'interpretazione nel senso - come si pretende da parte del convenuto - di una previa valutazione da parte dell'Amministrazione dei motivi contingenti che tale inadempimento hanno determinato.

Infatti, quel che rileva è, il fatto oggettivo dell'inadempimento contrattuale, al quale la legge ricollega automaticamente il diritto potestativo (e, per converso, l'obbligo, nella prospettiva che qui interessa) di avvalersi della cauzione, incamerandola, o meglio, più correttamente (non essendo più prevista dalla attuale normativa la possibilità di una sua prestazione in numerario, ma soltanto quella della fidejussione bancaria o assicurativa: cfr. art. 30, 1° e 2° comma della legge n. 109/1994), richiedendo all'istituto bancario o all'impresa assicurativa il versamento in contanti dell'importo della cauzione, senza che possa essere opposto il beneficio della preventiva escussione del debitore principale (cfr. art. 30, comma 2 bis della legge n. 109/1994).

Ed è proprio in considerazione di tale diritto potestativo della stazione appaltante che parte della dottrina e della giurisprudenza, assimila la cauzione definitiva alla caparra confirmatoria, dalla quale si differenzia, difatti, soltanto per la funzione non meramente satisfattoria, ma di garanzia generica, essendo finalizzata ad assistere qualsiasi ragione di credito nascente dall'inadempimento senza che, tuttavia, il danno risarcibile possa essere limitato al suo importo, essendo fatta esplicitamente salva la risarcibilità del maggior danno (cfr. art. 101, 2° comma D.P.R. n. 554/1999, Cass. Sez. I, n. 6908/1996).

Trattasi, in altri termini, di un diritto indisponibile che l'Amministrazione è tenuta, quindi, ad esercitare indipendentemente dagli specifici motivi dedotti o opposti dall'appaltatore a giustificazione del suo inadempimento, salvo, ovviamente, a quest'ultimo l'esercizio di ogni azione a tutela dei suoi diritti, nel tempo e nei modi prescritti, dinanzi all'A.G.O. o, ricorrendone le condizioni, dinanzi all'autorità arbitrale>

Ma vi è di più.

< non si desume affatto l'intenzione del legislatore di consentire, in ipotesi di effettivo subentro di altro concorrente successivamente graduato, la restituzione (id est: la non escussione) della cauzione prestata dall'appaltatore originario.>

su tali basi, quindi risulta imputabile il danno erariale al singolo dirigente:

< Invero, non può negarsi che, nel caso di specie, il predetto, non solo ha omesso di applicare norme e principi della materia dei pubblici appalti di pacifica e non contestata applicazione, che avrebbero richiesto, per effetto della rinuncia della ditta \*\*\*\*\* a proseguire nel rapporto contrattuale (id est: dell'accertato inadempimento) di procedere all'incameramento della cauzione da questa prestata, condizionando, invece, tale atto ad inesistenti ed erronei presupposti, ma ha anche omesso, proprio nel momento in cui ha ricondotto correttamente alla sua competenza funzionale l'adozione degli atti gestionali relativi all'appalto che ne occupa, di provvedere in tal senso, allorché tali presupposti si sono effettivamente verificati.

**Trattasi di un comportamento che il Collegio giudica - condividendo sul punto l'avviso del Procuratore Regionale - improntato a massima ed inescusabile negligenza, non potendosi ammettere che un funzionario preposto ad un Ufficio Tecnico Comunale, peraltro rivestente qualifica dirigenziale, ignori elementari principi, pacificamente enunciati dalla giurisprudenza ed affermati in dottrina (e, peraltro, agevolmente desumibili dalla semplice lettura delle norme legislative, regolamentari e pattizie nella soggetta materia) sulla natura giuridica e sulla funzione della cauzione definitiva, e, conseguentemente, sulla natura potestativa, indisponibile e non condizionata del diritto dell'Amministrazione ad escuterla in caso di inadempimento contrattuale, al fine di soddisfare tutte le ragioni di credito in dipendenza di tale inadempimento, fatto salvo il maggior danno eventualmente subito e ferma restando, ovviamente, una diversa valutazione del giudice a seguito di apposita azione introdotta dall'appaltatore.>**

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte dei Conti

sezione giurisdizionale per la puglia  
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di responsabilità, iscritto al n. 024835 del Registro di Segreteria, promosso dal Procuratore Regionale nei confronti di \*\*\*\*\* Pasquale Domenico, rappresentato e difeso dal Prof. Avv. Giacinto Lombardi, con il quale è elettivamente domiciliato, in Bari, alla Via Dieta di Bari, n. 28, presso lo studio dell'Avv. Giandonato Uva.

Visto l'atto di citazione in data 22 dicembre 2004, iscritto al n. G/2004/088 del registro della Procura Regionale;

Esaminati gli atti e i documenti tutti della causa;

Uditi, nella pubblica udienza del 12 ottobre 2005, il relatore, consigliere dott. Francesco Paolo Romanelli, ed il Pubblico Ministero, nella persona del Procuratore Regionale dott. Francesco Lorusso;

Ritenuto in

#### FATTO

Con atto di citazione in data 22 dicembre 2004, ritualmente notificato, il Procuratore Regionale ha convenuto innanzi a questa Sezione Giurisdizionale il sig. \*\*\*\* Pasquale Domenico, nella qualità di Dirigente Responsabile del Servizio Area Funzionale Tecnica del Comune di San Marco in Lamis, per sentirsi condannare al pagamento, in favore dell'Erario del suddetto Comune, della somma di Euro 80.382,35, oltre rivalutazione monetaria, interessi legali e spese di giudizio.

Espone parte attrice che con delibera n. 202 del 13.7.1998, la Giunta Comunale di San Marco in Lamis approvava il progetto definitivo/esecutivo dei lavori di costruzione degli impianti sportivi, per un importo generale di £. 900.000.000, di cui £. 702.672.727 a base d'asta.

Con successiva delibera di G.C. n. 293 del 29.10.1998, veniva approvato, altresì, il progetto definitivo/esecutivo degli ulteriori lavori di completamento del campo sportivo e aree adiacenti, per un importo generale di £. 700.000.000, di cui £. 560.097.750 a base d'asta.

A seguito di licitazione privata, i lavori di cui sopra, venivano aggiudicati all'impresa "\*\*\*\*\* Nicola" di Foggia, per l'importo complessivo di £. 997.714.954, al netto del ribasso d'asta del 20,99%, ed il relativo contratto d'appalto veniva stipulato in data 21.6.1999 (n. 6730 di rep.).

In seguito, l'impresa \*\*\*\*, adducendo gravi motivi di salute del titolare, comunicava all'Amministrazione appaltante, con nota assunta al protocollo del Comune in data 15.12.1999, l'impossibilità a proseguire i lavori, chiedendo, contestualmente, la rescissione bonaria del contratto di appalto.

Tale circostanza induceva il Comune di San Marco in Lamis ad avviare i contatti con la seconda impresa classificata (s.r.l. "Conte Ciro" di San Severo) per conoscere la disponibilità di tale impresa a sottoscrivere il contratto per l'esecuzione dei lavori in argomento.

Avendo la suddetta impresa dichiarato la propria indisponibilità alla stipula del contratto (nota assunta al protocollo del Comune in data 13.1.2000), l'Amministrazione Comunale contattava la ditta terza classificata (\*\*\*\* s.p.a. di Bitonto), la quale, con nota prot. n. 163/00/CPD del 6.3.2000, comunicava la propria disponibilità all'assunzione dei lavori di cui trattasi.

Conseguentemente, con delibera di G.C. n. 75 del 24.3.2000, si provvedeva a rescindere il contratto n. 6730 del 21.6.1999 con la ditta \*\*\*\* e si affidava l'esecuzione dei lavori all'impresa \*\*\*\* s.p.a. terza classificata, "...per l'importo di £. 1.048.899.806, al netto ribasso d'asta del 20,39%, pari all'offerta dell'impresa Conte, così come previsto dalla normativa vigente...".

Con successiva delibera di G.C. n. 41 del 27.2.2001, l'Amministrazione Comunale, nella considerazione del notevole ritardo serbato dalla \*\*\*\* s.p.a. per la stipula del contratto, provvedeva alla revoca dell'affidamento dei lavori di che trattasi alla summenzionata ditta per inosservanza dell'art. 14 del Capitolato Speciale d'Appalto.

All'assunzione di tale deliberato reagiva la \*\*\*\* s.p.a. mediante ricorso al T.A.R. Puglia, il quale, con Ordinanza n. 644/01, accoglieva la domanda di sospensione cautelare del provvedimento impugnato, motivando che "...ad una prima sommaria delibazione, propria della fase cautelare, il ricorso appare suscettibile di positiva valutazione, non potendosi attribuire in mancanza di specifica indicazione, natura perentoria al termine previsto dall'art. 14 del capitolato Speciale di Appalto per

la stipulazione del contratto, né sussistendo i requisiti, anche motivazionali del provvedimento di revoca; ritenuto che è configurabile altresì il pregiudizio grave ed irreparabile, connesso essenzialmente all'indizione di una nuova gara, comprensiva anche dei lavori aggiudicati...".

Sulla scorta di tale Ordinanza e dopo aver chiesto apposito parere pro-veritate ad un legale di fiducia, l'Amministrazione Comunale di San Marco in Lamis, con delibera di G.C. n. 25 del 10.7.2001, prendeva atto dei vizi da cui era inficiata la deliberazione di revoca dell'aggiudicazione n. 41 del 27.2.2001 e, conseguentemente, la annullava d'ufficio, disponendo la reviviscenza dell'atto deliberativo precedentemente annullato (delibera di G.C. n. 75 del 24.3.2000).

La tormentata vicenda dei rapporti contrattuali tra il Comune di San Marco in Lamis e la ditta \*\*\*\* s.p.a., lungi dal concludersi, si arricchiva, tuttavia, di una nuova controversia, riveniente da un atto di significazione dell'impresa appaltatrice con cui si chiedeva un indennizzo, pari a £. 189.000.000, per l'ingiusto danno economico asseritamente patito a seguito delle improvide decisioni dell'Amministrazione Comunale.

A seguito di varia corrispondenza, la Giunta Comunale, con deliberazione n. 126 del 30.10.2001 - su proposta del responsabile del procedimento, Ing. \*\*\*\*, che riteneva, all'uopo, applicabili le disposizioni di cui all'art. 31/bis della legge 109/1994 - riconosceva alla \*\*\*\* s.p.a., a titolo di componimento bonario, ai sensi della normativa sopra citata, la somma di £. 68.130.000.

Tale proposta di indennizzo non veniva, tuttavia, accettata dalla \*\*\*\* s.p.a., la quale, al contrario, insisteva nell'evidenziare l'assoluta illegittimità di tutta l'attività amministrativa sino ad allora posta in essere dall'Amministrazione Comunale.

Sicché, la Giunta Comunale, ritenendo evidentemente di non possedere le competenze giuridiche necessarie, con deliberazione di G.C. n. 118 del 2..2002, deliberava di richiedere un parere legale sull'opportunità di annullare gli atti di affidamento dei lavori alla \*\*\*\* s.p.a. e sull'eventualità di indire una nuova gara.

Allegata a tale delibera, sotto la lettera F, vi era la proposta dell'Ing. \*\*\*\*, nella quale, testualmente, si legge: "Si ritiene estremamente opportuno segnalare che, a termine dell'art. 31/bis della legge 109/1994, i provvedimenti di accordo bonario ed eventuali provvedimenti di revoca, vanno deliberati dalla P.A. e non già con determine dirigenziali".

Stranamente, però, costui, in seguito, nella stessa qualità di responsabile del Servizio Area Funzionale Tecnica, nonché di Responsabile del Procedimento, disattendendo le proprie affermazioni, con propria Determinazione n. 48 del 21.02.2003, ritenendo sussistenti i presupposti per l'annullamento in autotutela degli atti di aggiudicazione dei lavori alla \*\*\*\* s.p.a. ed avocando a sé la titolarità del potere di annullamento, provvedeva a revocare le delibere di G.C. nn. 75/2000, 25/2001, 126/2001 e 128/2001, riconoscendo, implicitamente, l'illegittimità dei suddetti atti deliberativi.

Avverso tale provvedimento, nonché avverso la successiva Determinazione n. 136 del 25.6.2003 (di indizione della nuova gara), ricorreva al T.A.R. Puglia la \*\*\*\* s.p.a., previa diffida a dare corso alla procedura di gara e a tutti gli atti conseguenti.

La vicenda giudiziaria si concludeva per il manifestato difetto di interesse della \*\*\*\* s.p.a. a proseguire nei rapporti con l'Amministrazione Comunale di San Marco in Lamis, fermo restando l'impegno dell'Ente Civico a dare esito celermente a tutte le procedure relative ad un precedente appalto per lavori già eseguiti in favore del Comune e relativi alla costruzione di un parcheggio.

Pertanto, l'Amministrazione Comunale riavviava le procedure di affidamento dei lavori in argomento, indicando una nuova gara mediante pubblico incanto con il sistema del massimo ribasso, in esecuzione della citata Determinazione n. 136 del 26.6.2003, a firma dell'Ing. \*\*\*\*, quale Dirigente dell'Area Tecnica.

Nel corpo di tale deliberato si leggeva che "... Con nota prot. n. 3828 in data 25.3.2003 è stato richiesto ai progettisti di aggiornare i prezzi e gli elaborati di che trattasi per renderli conformi alla normativa vigente dato il lungo tempo trascorso dalla loro approvazione".

I progettisti, con nota n. 6465 del 26.5.2003, trasmettevano quanto richiesto stabilendo un aumento medio del 7% sull'intero importo a base d'asta.

La relativa gara d'appalto veniva vinta dall'impresa Apulia s.r.l. di Gravina in Puglia, per l'importo di € 708.884,54, al netto del ribasso d'asta del 21,44% oltre IVA.

Ad avviso del Procuratore Regionale, in dipendenza delle vicende quali sopra illustrate, sono derivate, a carico delle finanze del Comune di San Marco in Lamis, due distinte poste di danno, per l'importo complessivo quale sopra indicato, entrambe imputabili alla condotta gravemente colposa dell'Ing. \*\*\*\*, nella richiamata qualità di responsabile, all'epoca dei fatti, del Servizio Area Funzionale Tecnica di quel Comune, nonché di Responsabile del Procedimento relativamente all'appalto di che trattasi.

All'uopo, il Requirente premette che la genesi di tale danno erariale è senza dubbio da imputare al contrastato svolgimento dell'iter procedimentale del suddetto appalto, protrattosi per oltre un quinquennio e produttivo di una miriade di provvedimenti, a volte contrastanti tra loro e molto spesso incongruenti, emanati a seguito di dubbie interpretazioni ed applicazioni della normativa vigente in materia di appalti pubblici.

L'esame dell'alluvionale congerie degli atti amministrativi posti in essere, evidenzia, infatti, evidenti ed innegabili violazioni dei principi a cui si informa la corretta applicazione delle norme regolanti la materia de qua, concretizzatesi nell'emanazione di atti lesivi del principio di legalità, considerato sia in termini di non contraddittorietà dell'atto rispetto alla legge, sia di conformità formale e sostanziale.

Altrettanto indubitabile - secondo parte attrice - è l'evidente centralità del ruolo svolto dall'Ing. \*\*\*\* in tutta la vicenda, attesa le funzioni svolte e la qualifica rivestita.

La prima posta di danno - prosegue, dunque, parte attrice - è costituita dal mancato incameramento della cauzione prestata (mediante polizza fidejussoria) dalla ditta \*\*\*\* a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali relative all'appalto che ne occupa, a seguito della rescissione del contratto disposta con la delibera di G.C. n. 75 del 24.3.2000.

Al riguardo, parte attrice, pone in evidenza, in primo luogo, che il termine rescissione contenuto nell'art. 231 del Regolamento approvato con D.lgs. n. 554/1999 non va inteso in senso civilistico (atteso che, come più volte sottolineato in giurisprudenza, l'utilizzo di tale termine viene adottato con riferimento al caso di interruzione del rapporto disposta autoritativamente dal committente per fatto imputabile all'appaltatore, mentre il termine risoluzione si riferisce ai casi in cui il rapporto viene meno per effetto di un inadempimento del committente), sicché è del tutto evidente, che mediante l'utilizzo di tale espressione, la Giunta Comunale abbia voluto sottolineare proprio la

circostanza che l'estinzione del rapporto contrattuale con la ditta \*\*\*\*\* fosse da imputare a fatto della ditta medesima.

D'altra parte, la manifestazione della volontà dell'Amministrazione Comunale conduce ad un'interpretazione univoca in tal senso, sia per la specifica circostanza dell'aver l'appaltatore esplicitamente manifestato l'impossibilità di ottemperare agli obblighi contrattuali, sia per la considerazione che la normativa civilistica prevede l'estinzione del contratto d'appalto (oltre che per le cause comuni agli altri contratti) per recesso unilaterale del committente (sempre consentito, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno), per morte dell'appaltatore (quando il contratto sia stato stipulato considerando in modo preponderante la sua persona) e per fallimento dell'imprenditore.

Sicché, non ricorrendo alcuna di tali circostanze, il Comune di San Marco in Lamis aveva, quindi, l'obbligo di dichiarare inadempiente l'appaltatore, rimettere il cantiere nella disponibilità della stazione appaltante e regolare economicamente le conseguenze dell'estinzione del rapporto contrattuale.

D'altro canto, risultavano insussistenti anche i presupposti per l'attivazione della procedura di accordo bonario che, come noto, ai sensi dell'art. 31-bis, 1° comma, primo periodo, della legge 109/1994, è possibile avviare quando, a seguito dell'iscrizione di riserve sugli atti contabili, l'importo dell'opera possa variare in misura non inferiore al 10% dell'importo contrattuale, posto che, nel caso di specie, nessuna riserva era stata apposta sui registri contabili da parte dell'appaltatore.

Ma anche a voler prescindere da tali considerazioni, ritiene parte attrice che la delibera di G.C. n. 75 del 24.3.2000 sia affetta da ulteriori e diversi profili di illegittimità.

Innanzitutto, tale provvedimento risulta essere stato adottato in violazione dell'art. 10, comma 1 ter, della legge n. 109/1994.

Invero, tale disposizione consente in taluni casi alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di pervenire all'aggiudicazione automatica a un concorrente predeterminato allorché l'originario appaltatore sia fallito ovvero quando il contratto sia stato risolto per inadempimento grave del medesimo, sempreché tale facoltà sia prevista nel bando di gara.

In presenza di tali presupposti gli Enti appaltanti possono interpellare il secondo classificato, che abbia provato il possesso dei requisiti dichiarati in sede di aggiudicazione dall'offerente primo classificato, al fine di stipulare un nuovo contratto per il completamento dei lavori alle medesime condizioni proposte in sede di offerta.

Si tratta di una facoltà che può legittimare perfino l'interpello del terzo classificato, ma solo in caso di fallimento del secondo classificato e non anche nel caso di risoluzione del contratto; in tal caso, il contratto con il terzo classificato dovrà essere stipulato alle condizioni economiche offerte dal secondo classificato.

E poiché la norma in esame non si presta - ad avviso del Requirente - a dubbie interpretazioni in ordine al termine "fallimento" utilizzato dal legislatore, è di tutta evidenza che, nel caso in esame, la condizione prevista dalla legge era del tutto insussistente.

Conseguentemente, l'Amministrazione aveva l'obbligo di formalizzare nei termini di legge l'inadempienza contrattuale del primo classificato, rivalersi sulla garanzia prestata e avviare le procedure per l'indizione di una nuova gara d'appalto.

Ulteriore profilo di illegittimità della deliberazione di che trattasi, sub specie di incompetenza, è da riscontrarsi - a parere del Procuratore Regionale - nella palese violazione del disposto dell'art. 6, 2° comma, della legge n. 127/1997 e dell'art. 107, 3° comma, lett. B, del D.Lgs. n. 267/2000.

Infatti, attribuendo quest'ultima norma alla dirigenza la responsabilità delle procedure d'appalto, non è revocabile in dubbio che l'aggiudicazione e la revoca di un appalto siano di competenza del dirigente e non della Giunta Comunale, in quanto trattasi di atti gestionali.

Con tale formula il legislatore ha voluto riferirsi, infatti, al complesso di atti che concretizzano il procedimento amministrativo, dall'adozione dei provvedimenti relativi al bando di gara, alla pubblicazione dello stesso, alla predisposizione della partecipazione alla gara, alla verbalizzazione degli atti finali di aggiudicazione e di revoca, compiti tutti di specifica prerogativa dirigenziale.

Peraltro, la giurisprudenza è costante nel ritenere che l'art. 6, 2° comma, della legge 15 maggio 1997, n. 127, in tema di contratti degli enti locali, attribuisce alla dirigenza la responsabilità delle procedure d'appalto e la stipula di contratti, riconnettendo, conseguentemente, ai medesimi dirigenti (e non alla Giunta Municipale) anche il relativo potere di approvazione per quanto concerne la verifica tecnica e di legittimità degli atti di gara, ricollegandosi a questa quel perfezionamento dell'iter procedimentale al quale solo può agganciarsi la piena responsabilità del funzionario.

Ma la delibera n. 75/2000 - ad avviso del Requirente - è illegittima, soprattutto, per la palese violazione dell'art. 30, 2° comma, ultimo periodo, della legge n. 109/1994 e dell'art. 101, 2° comma e 102, 2° comma, del D.P.R. n. 554/1999, nonché dell'art. 5 del contratto d'appalto stipulato con la ditta \*\*\*\*.

Ai sensi di tali norme, infatti, l'esecutore dei lavori è obbligato a costituire una cauzione (nella forma della fidejussione bancaria o assicurativa), pari al 10% dell'importo dei lavori stessi, a garanzia degli oneri per il mancato od inesatto adempimento degli obblighi contrattuali, che cessa di avere effetto solo dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio ed il cui svincolo, nei termini e per l'entità previsti al verificarsi di determinate condizioni, è automatico, senza necessità di benestare del committente, sicché è da escludersi che la garanzia possa essere svincolata in presenza di circostanze diverse da quelle espressamente previste.

Alla luce di tali chiare disposizioni normative, il Comune di San Marco in Lamis, una volta accertata l'inadempienza contrattuale della ditta \*\*\*\*, non aveva altro da fare che incamerare la cauzione, a titolo di ristoro per la maggiore spesa da sostenere per l'indizione della nuova gara di appalto e per le future variazioni dei prezzi.

Ciò che, nella specie, non è stato fatto, contrariamente a quanto era invece lecito attendersi, con il conseguente mancato introito nelle casse comunali, della cauzione definitiva di £. 99.800.000 (pari ad € 51.542,00), il quale importo costituisce, pertanto, il danno patrimoniale patito, nel caso di specie, dal Comune di San Marco in Lamis.

Quanto all'elemento psicologico, ritiene parte attrice che non è revocabile in dubbio che tale danno debba essere ascritto alla condotta gravemente colposa dell'Ing. \*\*\*\*, la quale non può dirsi certamente ispirata ai principi dell'imparzialità e del buon andamento dell'attività della Pubblica

Amministrazione, né, tantomeno, al rispetto degli obblighi di lealtà e correttezza inerenti alla funzione espletata.

Invero, dovendosi presumere che un dirigente preposto all'Ufficio Tecnico Comunale abbia nel proprio bagaglio professionale le necessarie competenze giuridiche e tecniche per applicare le norme disciplinanti la materia degli appalti pubblici nell'esclusivo e primario interesse dell'Amministrazione, era logico attendersi dall'Ing. \*\*\*\* un comportamento minimamente diligente e attento nella cura della gestione pubblica e scevro dai caratteri della sconsideratezza e dell'illegittimità, che si sarebbe dovuto estrinsecare, nella fattispecie, nell'accertamento dell'inadempienza dell'impresa \*\*\*\* e, conseguentemente, nell'incameramento della cauzione.

Ed invece, costui, non solo venne meno - in palese violazione delle norme disciplinanti la competenza provvedimentale in materia di appalti pubblici - ai propri doveri e alle responsabilità connesse alla funzione svolta nell'ambito dell'apparato burocratico del Comune di San Marco in Lamis, consentendo che un atto di esclusiva sua competenza fosse adottato da un organo incompetente (la Giunta Comunale), ma omise anche, in sede di formulazione del parere di regolarità tecnica sulla deliberazione n. 75/2000, di evidenziare la altrettanto evidente violazione delle norme di cui agli artt. 30, 2° secondo, ultimo periodo, della legge n. 109/1994 e 102, 2° comma, del D.P.R. n. 554/1999, nonché dell'art. 5 del contratto di appalto, nella parte in cui non si disponeva l'incameramento della cauzione, con la conseguente produzione del danno erariale che ne occupa.

Trattasi, dunque, di una condotta che si è caratterizzata per una palese e grave inosservanza dei canoni della diligenza richiesta per il corretto e legittimo adempimento dei propri doveri d'ufficio, estrinsecatasi in un'attività provvedimentale adottata in palese violazione di norme di legge e contrattuali, sicché appare indubbia la sua caratterizzazione in termini di colpa grave.

Né - ad avviso del Procuratore Regionale - può assumere rilevanza esimente (ovvero consentire una chiamata a titolo di corresponsabilità) la circostanza che l'atto con cui si provvede alla rescissione del contratto con la ditta \*\*\*\*, senza contestuale incameramento della cauzione, sia stato adottato dalla Giunta Comunale, stante la previsione di cui all'art. 1, comma 1 ter, della legge n. 20/1994 e tenuto conto, per un verso, che trattasi di un atto rientrante nella competenza funzionale dell'Ing. \*\*\*\* e, dall'altro, che costui, espresse anche parere favorevole di regolarità tecnica sulla stessa, il che ha rivestito, in ogni caso, indubbiamente un'efficacia decisiva ai fini del requisito della buona fede richiesto dalla norma soprarichiamata al fine di sollevare l'organo politico da responsabilità nella Determinazione della danno erariale in argomento.

Con riguardo alla seconda partita di danno, il Procuratore Regionale - dopo aver premesso che nell'iniziale prospettazione accusatoria, siccome esposta nell'invito a dedurre, era stato dedotto un'ulteriore danno, sotto specie di lievitazione dei costi dell'appalto che ne occupa, nella misura del 7% circa, causalmente ricollegabile alla revoca dell'appalto medesimo nei confronti della \*\*\*\* s.p.a. disposta con la deliberazione n. 41 del 27.02.2001 ed alle conseguenti vicende che avevano finalmente portato, nell'anno 2003, all'affidamento dello stesso, all'esito della nuova gara espletata, in favore della ditta Apulia s.r.l., ma che si era ritenuto di abbandonare tale contestazione, a seguito delle deduzioni rassegnate dal convenuto in via pregiudiziale - rappresenta che eziologicamente ricollegabile alle medesime vicende amministrative, tutte imputabili alla condotta gravemente colposa dell'Ing. \*\*\*\* è, tuttavia, il danno (nel che si concreta, per l'appunto, la seconda posta di che trattasi) costituito dalla spesa (pari ad € 28.840,35 ) sopportata dal Comune di San Marco in Lamis per i pareri legali resi dall'Avv. Mescia e dall'Avv. Lombardi, rispettivamente, sull'opportunità di proporre appello avverso l'Ordinanza n. 644/01 del T.A.R. Puglia e sull'opportunità di annullare nuovamente gli atti d'affidamento dell'appalto alla \*\*\*\* s.p.a., nonché



per la difesa in giudizio del Comune in occasione dell'ulteriore ricorso al T.A.R. della medesima impresa avverso la Determinazione dirigenziale n. 48/03, con cui tale annullamento era stato disposto, e il successivo provvedimento n. 136 del 25.6.2003, con cui era stata indetta la nuova gara d'appalto.

Ritiene, infatti parte attrice che anche il danno di cui si discute abbia avuto genesi nell'adozione della delibera di G.C. n. 41 del 27.2.2001, con cui venne disposta la prima illegittima revoca dell'appalto in favore della \*\*\*\* s.p.a., essendo incontestabile che tale atto rappresenta la chiave di volta del successivo deterioramento dei rapporti tra la ditta aggiudicataria e l'Amministrazione Comunale, posto che è proprio in conseguenza di tale atto che hanno preso avvio le varie controversie giudiziarie e che è sorta la necessità di far ricorso a pareri legali.

In proposito, ritiene parte attrice che la revoca dell'affidamento dell'appalto disposta nei confronti della \*\*\*\* s.p.a. con la deliberazione n. 41/2001, fosse del tutto illegittima, attesa la chiara natura ordinatoria, in assenza di espressa disposizione contraria, secondo quanto disposto in via generale dall'art. 152 c.p.c., del termine previsto dall'art. 14 del Capitolato Speciale d'Appalto.

Una tale indiscutibile circostanza ostava, dunque, ad una revoca automatica dell'incarico alla \*\*\*\* s.p.a., con la logica conseguenza che la violazione di un termine ordinatorio (che è priva di sanzione) non produceva la decadenza dalla facoltà di compiere l'atto in ritardo.

In mancanza del termine perentorio, un corretto agire del Comune avrebbe, quindi, imposto, piuttosto, la notifica di un atto stragiudiziale di diffida ad adempiere, ai sensi dell'art. 1454 c.c., significando che, decorso inutilmente un nuovo termine, l'aggiudicazione sarebbe venuta meno.

Sicché, non desta meraviglia la circostanza che il ricorso al T.A.R. da parte della \*\*\*\* s.p.a., quanto meno nella fase cautelare, abbia avuto esiti sfavorevoli per l'Ente Civico, avendo ritenuto tale Giudice, con Ordinanza n. 644/01, la sussistenza dei vizi di legittimità appena richiamati, sia con riferimento alla natura ordinatoria del termine di cui all'art. 14 del Capitolato d'appalto, sia con riferimento alla mancanza dei requisiti motivazionali alla base della disposta revoca.

D'altro canto, anche tale deliberazione, al pari di quella n. 75/2000, presenta vizi di legittimità, sotto il profilo dell'incompetenza dell'organo emanante ai sensi dell'art. 6, 2° comma, della legge 127/1997 e 107, 3° comma, lett. B, del D.Lgs. n. 267/2000, appartenendosi la competenza, pure in questo caso, ai sensi della suddetta normativa, al Dirigente e non già alla Giunta del Comune di San Marco in Lamis.

Fu a seguito di tale pronuncia del T.A.R che si rese, quindi, necessario richiedere un parere all'Avv. Mescia e successivamente, in conformità allo stesso, provvedere all'annullamento d'ufficio (deliberazione di G.C. n. 25 del 10.7.2001) della precedente deliberazione n. 41/2001, con conseguente reviviscenza dell'atto deliberativo eliminato (delibera di G.C. n. 75 del 24.3.2000).

D'altra parte, nonostante la vicenda avesse registrato anche il tentativo di un componimento bonario dei rapporti tra il Comune di San Marco in Lamis e la \*\*\*\* s.p.a., è del tutto evidente come lo stesso fosse del tutto inutile (quale si è poi, effettivamente, rivelato) alla luce dell'ormai evidente insanabilità del contrasto insorto a seguito dell'adozione della delibera n. 45/2001.

Sicché, sebbene fosse intervenuta una nutrita corrispondenza tra l'Amministrazione e la \*\*\*\* s.p.a. volta alla ripresa dei lavori, è innegabile che all'adozione di tale delibera va imputato l'esaurirsi della fiducia reciproca che provocò la fase di stallo, culminata ed esaurita con l'adozione, da parte dell'Ing. \*\*\*\* della Determinazione n. 48 del 21.2.2003, mediante la quale, ritenendosi sussistenti i

presupposti per l'annullamento in autotutela degli atti di aggiudicazione dei lavori alla \*\*\*\*\*, s.p.a. si procedette alla revoca delle deliberazioni di G.C. nn. 75/2000, 25/2001, 126/2001 e 128/2001, anch'essa impugnata dinanzi al T.A.R., nonostante il relativo giudizio si sia concluso, poi, con pronuncia di improcedibilità, a seguito del manifestato disinteresse alla sua prosecuzione da parte della \*\*\*\*\* s.p.a.

Per quanto concerne l'imputabilità del danno e l'elemento psicologico, il Procuratore Regionale richiama le medesime considerazioni svolte relativamente alla prima posta di danno, riscontrandosi, anche in questo caso - a suo avviso - la palese violazione delle norme in materia di competenza dirigenziale, l'inosservanza di piane disposizioni normative (art. 14 del Capitolato Speciale d'Appalto), con le dannose storture procedurali che ne sono conseguite e l'esimente di cui all'art. 1, comma 1 ter, della legge n. 20/1994, avendo l'Ing. \*\*\*\*\* apposto il visto di regolarità tecnica anche sulla deliberazione n. 41/2001.

Con atto depositato in Segreteria in data 5 settembre 2005, si è costituito in giudizio il convenuto, con il patrocinio del Prof. Avv. Giacinto Lombardi, contestando la pretesa attrice sotto vari profili, con riguardo ad entrambe le azionate poste di danno.

Nello specifico ha dedotto:

A) in via generale:

- l'assoluta irrilevanza, ai fini dell'affermazione della sua responsabilità, della circostanza - sulla quale si pone spesso l'accento da parte del Requirente - che alcuni degli atti amministrativi riguardanti la vicenda dedotta in giudizio, sarebbero stati posti in essere da un organo incompetente (la Giunta Comunale), laddove la competenza era invece a lui riservata quale Dirigente responsabile del Servizio, trattandosi, evidentemente, di una incompetenza relativa, e quindi di un vizio c.d. "debole", che, secondo quanto statuito dall'unanime giurisprudenza del Giudice amministrativo, poteva essere sanato in qualsiasi momento, mediante riadozione del provvedimento presuntamente viziato da incompetenza, da parte dell'Organo competente; in tale ottica il provvedimento di revoca dell'appalto alla \*\*\*\*\* s.p.a. da lui adottato con Determinazione n. 48 del 21.2.2003, men che costituire elemento aggravatorio della sua responsabilità, come si assume da parte del Procuratore Regionale - costituisce, per contro, chiaro segno di un comportamento costruttivo (una sorta di "...ravvedimento operoso..."), volto a porre in essere atti amministrativi legittimi ed a sanare un erroneo comportamento precedente;

- l'omessa considerazione da parte del Requirente della "...pesantissima situazione ambientale..." in cui egli era costretto ad operare, come è dimostrato dalle notizie di stampa e televisive del giugno 2004, secondo cui, nell'ambito di indagini di polizia giudiziaria concernenti infiltrazioni di tipo mafioso nel comprensorio del Comune di San Marco in Lamis, sarebbe stata coinvolta anche una ditta sub-appaltatrice dei lavori al campo sportivo per cui è causa;

- ancora, la mancata considerazione da parte del Requirente della esatta valenza della deliberazione di revoca dell'appalto alla \*\*\*\*\* s.p.a. adottata dal Giunta Comunale con atto n. 41 del 14.2.2001, alla luce del fatto che l'ordinanza del T.A.R. Puglia con cui ne fu sospesa l'esecuzione, men che negare il potere dell'Amministrazione Comunale di procedere a siffatta revoca, si limitò a porre in evidenza l'insussistenza dei requisiti motivazionali dell'atto, il che, com'è noto, comporta che il Comune ben poteva riadottare il provvedimento fornendo un'adeguata motivazione (cosa che è poi accaduta mediante il nuovo atto di revoca da egli adottato in data 21.2.2003);

B) con riguardo alla prima partita di danno:

- che il mancato incameramento della cauzione definitiva prestata dalla Ditta \*\*\*\*\*, va esclusivamente imputato alla peculiarità della fattispecie, posto che non si trattò, invero, di inadempimento volontario degli obblighi contrattuali da parte di quest'ultima, bensì di una sopravvenuta impossibilità oggettiva ad adempierli, determinata dai seri motivi di salute del titolare della ditta \*\*\*\*\* Nicola (che era ditta individuale), come attestato dal certificato medico allegato all'istanza con cui questi richiese "...lo svincolo bonario dall'impegno assunto...", onde un siffatto provvedimento, laddove adottato, si sarebbe posto in pieno ed aperto contrasto con i supremi principi di imparzialità, di ragionevolezza ed giustizia sostanziale e, dunque, sarebbe stato inficiato da palese illegittimità, dovendosi escludere che possa perseguirsi un interesse pubblico traendo vantaggio da una malattia che ha colpito un imprenditore individuale; ché, anzi, in tal caso, non realizzandosi affatto la fattispecie prevista dall'art. 101, 2° comma del D.P.R. n. 544/1999 - contrariamente all'assunto del Requirente - si sarebbe realizzato, per contro, un ingiusto arricchimento per l'Amministrazione, in quanto siffatto comportamento sarebbe stato contrario ai canoni comportamentali previsti dall'art. 1375 c.c.;

- che, peraltro, alcun rilievo può attribuirsi, a tali fini, alla circostanza - posta in particolare evidenza da parte attrice - che nell'atto deliberativo n. 75/2000 lo scioglimento negoziale sia stato definito come "...rescissione...", essendo evidente l'improprietà della locuzione utilizzata, atteso che essa viene, altresì, aggettivata come "...bonaria..."; sicché in alcun modo può ipotizzarsi che nel caso di specie l'Amministrazione Comunale, mediante l'utilizzo di tale espressione, abbia inteso - come opinato dal Requirente - disporre autoritativamente l'interruzione del rapporto per fatto imputabile all'appaltatore, attesa l'inconciliabilità concettuale tra "rescissione" e "bonarietà" della stessa;

C) con riguardo alla seconda partita di danno;

- che i pareri forniti dall'Avv. Mescia e Lombardi non erano stati da lui richiesti, bensì dagli Organi politici del Comune, onde non vi è alcun nesso causale tra la sua condotta ed il presunto danno erariale;

- che, per ciò che concerne gli oneri legali sopportati dal Comune per la costituzione nel giudizio introdotto dalla \*\*\*\*\* s.p.a. presso il T.A.R. avverso il provvedimento di revoca dell'appalto da lui adottato in data 21.2.2003, alcun addebito può essergli imputato, non essendo stata giudizialmente acclarata la illegittimità di tale provvedimento, posto che il giudizio si è concluso con declaratoria di improcedibilità per il dichiarato difetto d'interesse dalla \*\*\*\*\* s.p.a. a proseguire nell'impugnativa; anzi, proprio tale circostanza sta a dimostrare, per contro, l'assoluta legittimità del provvedimento, rendendo evidente la pretenziosità dell'impugnazione e, dunque, la necessità di costituirsi in giudizio; d'altra parte, ciò è dimostrato anche dalla nota inviata dalla \*\*\*\*\* s.p.a. al Comune in data 27.12.2002, sicché, in definitiva, appare del tutto chiaro che l'azione fu da quest'ultima abbandonata per evitare una certa sconfitta e non già a fronte della "contropartita" offerta dal Comune, a cui accenna il Procuratore Regionale nell'atto di citazione, che è circostanza di cui non vi è alcuna prova agli atti, se non una interessata dichiarazione resa da un dipendente della \*\*\*\*\* s.p.a. alla Guardia di Finanza nel corso delle indagini delegate dal Requirente medesimo.

All'odierna udienza, il difensore del convenuto ha ribadito ed ulteriormente illustrato le suddette eccezioni difensive, concludendo per l'assoluzione del suo assistito.

Il Pubblico Ministero ha sostenuto, invece, la loro infondatezza, concludendo, in conformità all'atto scritto, per la condanna del convenuto.

In tale stato la causa è stata, quindi, trattenuta in decisione.

Considerato in

## DIRITTO

1.- L'azione risarcitoria all'esame concerne due distinte poste di danno che, ad avviso del Procuratore Regionale, sarebbero derivate al Comune di San Marco in Lamis, in dipendenza di condotte gravemente colpose poste in essere dall'Ing. Pasquale Domenico \*\*\*\*\*, nella qualità di Dirigente dell'Ufficio Tecnico Comunale e di Responsabile del Procedimento, nel corso della procedura per l'affidamento dell'appalto per la costruzione di impianti sportivi, nonché per il completamento del campo sportivo e la sistemazione delle aree adiacenti.

Infatti, benché in sede pregiudiziale sia stata contestata al convenuto una terza partita di danno, nondimeno, essa non è stata dedotta in giudizio, avendo il Requirente - per i motivi ampiamente illustrati in atto di citazione - ritenuto le deduzioni rassegnate in quella sede idonee a superare i prospettati profili di responsabilità.

Poiché, tuttavia, le due poste di danno, sebbene tra loro strettamente collegate, in quanto scaturenti dallo stesso procedimento amministrativo (quello dell'affidamento del suddetto appalto, per l'appunto), si presentano, dal punto di vista processuale, relativamente autonome e differenziate, stante la parziale diversità di causa petendi, ritiene opportuno il Collegio, anche per comodità espositiva, di esaminarle separatamente.

2.- Cominciando, dunque, dalla prima, osserva il Collegio che il Procuratore Regionale imputa al \*\*\*\*\*, nella predetta qualità, di non aver provveduto ad incamerare la cauzione definitiva (per un importo pari ad €51.542) prestata dalla ditta \*\*\*\*\*, aggiudicataria dell'appalto, dopo che, a seguito dell'impossibilità ad adempiere agli obblighi contrattuali rappresentata da quest'ultima con nota del 15.12.1999, a cagione di sopravvenuti seri motivi di salute del titolare dell'impresa, il contratto era stato rescisso, con contestuale affidamento dei lavori alla ditta \*\*\*\*\* s.pa. (d'ora in poi, per semplicità, \*\*\*\*\*), terza classificata nella relativo procedimento concorsuale, avendo la ditta seconda classificata manifestato la sua indisponibilità al riguardo (delib. G.C. n. 75 del 24.3.2000).

Nello specifico - oltre ad ulteriori vizi di legittimità da cui la suddetta deliberazione sarebbe affetta, per violazione dell'art. 10, comma 1 ter della legge n. 109/1994 (non ricorrendo alcuno dei presupposti ivi previsti per l'affidamento dell'appalto ai concorrenti successivamente graduati) e degli artt. 6, 2° comma della legge n. 127/1997 e 107, 3° comma, lett. B del D.lgs. n. 267/2000 (appartenendosi la competenza ad adottare siffatto tipo di provvedimento al Dirigente responsabile del servizio e non già alla Giunta Comunale) - al convenuto viene contestata la violazione degli artt. 30, comma 2 ter della legge n. 109/1994, 101, 2° comma e 102, 2° comma del D.P.R. n. 544/1999, nonché dell'art. 5 del contratto di appalto, secondo cui - ad avviso del Requirente - una volta accertato l'inadempimento contrattuale della ditta \*\*\*\*\* - era obbligatorio procedere all'incameramento della cauzione definitiva.

Siffatto comportamento omissivo integra - a giudizio di parte attrice - gli estremi della colpa grave, non essendo ammissibile che tali chiare ed inequivocabili disposizioni normative fossero ignorate dal \*\*\*\*\*, in ragione della qualifica rivestita e delle funzioni svolte, rientrando le stesse nel comune e minimo bagaglio di conoscenze professionali di un funzionario chiamato a dirigere l'Ufficio Tecnico Comunale.

Secondo il Requirente, inoltre, è da escludersi che nella fattispecie possa riconoscersi efficacia esimente alla circostanza che siffatta omissione sia formalmente imputabile alla Giunta Comunale (che adottò la deliberazione n. 75/2000, con cui si provvede alla rescissione del contratto con la ditta

\*\*\*\*), sia perché non è dubbio che la competenza ad adottare il provvedimento spettasse al \*\*\*\*, onde, nel caso di specie, trova applicazione l'art. 1, comma 1 ter della legge n. 20/1994, (ché, anzi, ciò connota di maggiore gravità il suo comportamento, avendo egli, in buona sostanza, abdicato alle proprie funzioni), sia perché, in ogni caso, il \*\*\*\* espresse il parere di regolarità tecnica sulla deliberazione in questione, il che assume, comunque, un valenza dirimente al fine di ritenere sussistente in capo agli amministratori comunali il requisito della buona fede, di cui alla sopra citata norma di legge, nell'approvazione della deliberazione di che trattasi.

2.1- Ritiene il Collegio che la domanda formulata dal Procuratore Regionale sia fondata e, come tale, meritevole di essere accolta.

Al riguardo, mette conto, innanzitutto, precisare che, ai fini dell'imputazione della responsabilità al convenuto e dell'accertamento della sussistenza dell'elemento psicologico della colpa grave nella condotta da costui serbata nella vicenda che ne occupa, non riveste decisivo rilievo, ad avviso del Collegio, la circostanza che l'atto con cui fu rescisso il contratto con la ditta \*\*\*\* (senza che si provvedesse al contestuale incameramento della cauzione definitiva) sia stato adottato dalla Giunta Comunale, anziché, come dovuto, dal convenuto medesimo.

Ed invero, quanto al primo profilo, se da un lato si rivela determinante e sufficiente al riguardo la circostanza, pure posta in rilievo dal Requirente, dell'aver il \*\*\*\* espresso il parere di regolarità tecnica sulla deliberazione n. 75/2000, dall'altro, si appalesa del tutto condivisibile l'osservazione di parte attrice (rispetto alla quale, peraltro, alcuna contestazione risulta mossa dal convenuto) in ordine alla non imputabilità del danno agli amministratori comunali che concorsero alla sua approvazione, in ossequio alla norma di cui all'art. 1, comma 1 ter della legge n. 20/1994.

Con riguardo al secondo aspetto, reputa, invece, il Collegio di convenire con le deduzioni difensive rassegnate sul punto dal convenuto, sia perché da alcun atto si evince, in effetti, che il \*\*\*\* abbia inteso spogliarsi consapevolmente di una competenza che gli apparteneva, sia perché, in ogni caso, trattasi di una violazione di legge che non avrebbe potuto incidere in termini irreversibili sulla legittimità dell'atto, potendo essere sanata in ogni momento, concretandosi la stessa in un mero vizio di incompetenza relativa.

D'altra parte, la circostanza che in prosieguo di tempo il convenuto abbia correttamente ricondotto alla sua competenza il secondo atto di revoca dell'appalto nei confronti della \*\*\*\* testimonia che, in effetti, non si trattò di una consapevole abdicazione alle proprie funzioni - come dedotto dal Procuratore Regionale - bensì, con ogni probabilità, di un mero errore interpretativo e, come tale, dunque non sussumibile nella fattispecie della colpa grave.

Parimenti, non assume alcuna rilevanza ai fini che ne occupano, per evidente difetto di nesso di causalità, l'ulteriore circostanza, dell'essere stata la deliberazione in argomento assunta in violazione dell'art. 10, comma 1 ter della legge n. 109/1994, involgendo tale vizio la diversa questione della scelta del nuovo appaltatore a seguito dell'inadempimento di quello originario e non già quella, assolutamente indipendente dalla prima e che sola rileva in questa sede, della necessità - secondo la prospettazione di parte attrice - di escutere la cauzione prestata da quest'ultimo.

In altri termini, ritiene il Collegio che tale dedotta illegittimità non ha avuto alcuna influenza (né avrebbe potuto averla, come si avrà modo di illustrare in prosieguo) sulla decisione di non incamerare la cauzione nei confronti dell'impresa \*\*\*\*.

Passando, dunque, al nucleo essenziale della domanda risarcitoria, osserva il Collegio che, in effetti, alla luce della vigente normativa nella soggetta materia, non residua in capo alla stazione appaltante

alcuna discrezionalità nel far luogo all'incameramento della cauzione, in caso di inadempimento contrattuale dell'appaltatore.

Invero, la formulazione dell'art. 30, comma 2 ter della legge n. 109/1994, così come dell'art. 101, 2° e 3° comma del relativo regolamento approvato con D.P.R. n. 554/1999, non lascia spazi per un'interpretazione nel senso - come si pretende da parte del convenuto - di una previa valutazione da parte dell'Amministrazione dei motivi contingenti che tale inadempimento hanno determinato.

Infatti, quel che rileva è, il fatto oggettivo dell'inadempimento contrattuale, al quale la legge ricollega automaticamente il diritto potestativo (e, per converso, l'obbligo, nella prospettiva che qui interessa) di avvalersi della cauzione, incamerandola, o meglio, più correttamente (non essendo più prevista dalla attuale normativa la possibilità di una sua prestazione in numerario, ma soltanto quella della fidejussione bancaria o assicurativa: cfr. art. 30, 1° e 2° comma della legge n. 109/1994), richiedendo all'istituto bancario o all'impresa assicurativa il versamento in contanti dell'importo della cauzione, senza che possa essere opposto il beneficio della preventiva escussione del debitore principale (cfr. art. 30, comma 2 bis della legge n. 109/1994).

Ed è proprio in considerazione di tale diritto potestativo della stazione appaltante che parte della dottrina e della giurisprudenza (cfr. Trib. Napoli, 9.6.1999 - Comune di S. Giorgio a Cremano c/ Soc. Assicurazioni Generali), assimila la cauzione definitiva alla caparra confirmatoria, dalla quale si differenzia, difatti, soltanto per la funzione non meramente satisfattoria, ma di garanzia generica, essendo finalizzata ad assistere qualsiasi ragione di credito nascente dall'inadempimento senza che, tuttavia, il danno risarcibile possa essere limitato al suo importo, essendo fatta esplicitamente salva la risarcibilità del maggior danno (cfr. art. 101, 2° comma D.P.R. n. 554/1999, Cass. Sez. I, n. 6908/1996).

Trattasi, in altri termini, di un diritto indisponibile che l'Amministrazione è tenuta, quindi, ad esercitare indipendentemente dagli specifici motivi dedotti o opposti dall'appaltatore a giustificazione del suo inadempimento, salvo, ovviamente, a quest'ultimo l'esercizio di ogni azione a tutela dei suoi diritti, nel tempo e nei modi prescritti, dinanzi all'A.G.O. o, ricorrendone le condizioni, dinanzi all'autorità arbitrale.

Deve, pertanto, escludersi che nel caso di specie il Comune di San Marco in Lamis potesse rinunciare a tale diritto - come preteso dal convenuto - in considerazione della peculiarità dei motivi dedotti dalla ditta \*\*\*\* a corredo della sua richiesta di "...essere svincolato bonariamente dagli impegni assunti con il contratto...", vale a dire, le gravi patologie da cui risultava afflitto il suo titolare.

D'altra parte, a ben vedere, l'assunto del convenuto risulta smentito proprio dalla deliberazione n. 75/2000 (cfr. all. sub al doc. n. 2 della produzione di parte attrice), posto che con tale atto non si è affatto rinunciato alla escussione della cauzione prestata dalla ditta \*\*\*\*, ma se è ne solo subordinato lo svincolo (ancorché erroneamente, come si vedrà) alla sottoscrizione del contratto di appalto da parte della ditta \*\*\*\* s.pa., terza classificata nella relativa procedura concorsuale ed alla costituzione da parte di quest'ultima di una cauzione di pari importo (così operandosi una sorta di assimilazione della figura dell'appaltatore subentrato nel rapporto ai sensi dell'art. 10, comma 1 ter della legge n. 109/1994, a quella del "supplente" già prevista dall'art. 9 del Capitolato generale per le opere di competenza del Ministero dei Lavori Pubblici approvato con D.M. 28.5.1895, sebbene in quest'ultimo caso, com'è noto, al subentrante, stante la particolare natura del rapporto trilatero che veniva ad instaurarsi in applicazione dalla norma in esame, non fosse richiesto di prestare una nuova cauzione, rimanendo in possesso dell'Amministrazione, a sua garanzia, la cauzione già prestata dall'appaltatore originario: cfr., ex multis, Cass., Sez. II, n. 2739/1966).

Ma v'è di più.

Con la successiva deliberazione n. 41/2001 (cfr. all. sub 8 al doc. n. 2 della produzione di parte attrice), con cui fu revocata l'aggiudicazione dei lavori alla \*\*\*\*, l'Amministrazione Comunale di San Marco in Lamis, men che fare applicazione dei principi "...di imparzialità, di ragionevolezza e di giustizia sostanziale...", (cfr. pg. 12 della memoria di costituzione del convenuto) ovvero, riconoscere, in applicazione di tali principi, la prevalenza dell'interesse dell'imprenditore individuale \*\*\*\* allo scioglimento bonario del rapporto contrattuale per i suoi gravi motivi di salute, rispetto a quello pubblico da perseguire (ibidem), fu disposto esplicitamente l'incameramento "...per inadempienza contrattuale..." della cauzione da questi prestata.

Che l'Amministrazione Comunale di San Marco in Lamis abbia operato, (o abbia inteso operare) nei sensi prospettati dal convenuto (cioè, in buona sostanza, non procedere all'incameramento della cauzione in considerazione della non imputabilità e della peculiarità dei motivi che avevano determinato l'inadempimento contrattuale della ditta \*\*\*\*) é, inoltre, contraddetto, per tabulas, anche dagli atti amministrativi adottati in prosieguo.

Ed infatti, con la deliberazione di Giunta n. 126/2001 (cfr. all. sub 11 al documento n. 2 della produzione del Procuratore Regionale), con cui fu approvata, ai sensi dell'art. 31 bis della Legge n. 109/1994, la proposta di componimento bonario, della controversia insorta con la \*\*\*\* a seguito dell'adozione della deliberazione n. 41/2001 e della sospensione della sua esecutività ad opera del T.A.R. (nonché del suo successivo annullamento in autotutela disposto con la deliberazione n. 25/2001, con conseguente reviviscenza della deliberazione n. 75/2000), fu esplicitamente confermata la disposizione contenuta in quest'ultimo atto, nel senso che allo svincolo della cauzione prestata dalla ditta \*\*\*\* si sarebbe provveduto "...solamente dopo la sottoscrizione del contratto d'appalto con l'impresa \*\*\*\* s.p.a...", e che a quest'ultima si sarebbe provveduto subordinatamente "...alla prestazione di regolare polizza fidejussoria di garanzia...".

Ancora, fu lo stesso convenuto, che con la nota n. 413 in data 8.1.2002 (cfr. all. F. alla deliberazione di Giunta n. 118/2002, allegata sub 12, al doc. n. 2 della produzione di parte attrice) preso atto del mancato accoglimento della suddetta proposta di bonario componimento da parte della \*\*\*\* propose, a sua volta, al Sindaco di procedere, previa nuova revoca della deliberazione n. 75/2000, all' "...incameramento della polizza fidejussoria Livingest s.p.a. n. 10155283046.20 del 9.6.99 prestata dall'impresa \*\*\*\* Nicola da Foggia, quale primo aggiudicatario dei lavori in argomento e successivamente rinunciatario dell'appalto...".

Alla luce della sopra riportate risultanze documentali, appare, dunque, più che evidente che l'Amministrazione Comunale di San Marco in Lamis non ha mai inteso, in effetti, beneficiare l'impresa \*\*\*\* della non escussione della cauzione prestata in considerazione delle peculiari motivazioni da questa addotte a giustificazione della richiesta di scioglimento "...bonario..." dal vincolo contrattuale, ma, semmai, ha affermato il principio contrario, ancorché ricollegando (probabilmente per l'impropria assimilazione a cui si accennava più su) l'esercizio di tale suo diritto potestativo alla circostanza del mancato effettivo subentro dell'altro appaltatore ai sensi dell'art. 10 ter della legge n. 109/1994 (ragione per cui - sia detto per inciso - assume scarsa importanza, ad avviso del Collegio, l'ulteriore argomento, di natura terminologica, circa l'utilizzo, nella deliberazione in questione, del termine "...rescissione...", a cui fa ricorso il Procuratore Regionale per corroborare il suo assunto, onde non appare utile indugiarevi oltre).

Tale innegabile constatazione, se, da un lato, toglie, dunque, pregio - com'è del tutto evidente - alle deduzioni difensive rassegnate dal convenuto, dall'altro, non può, tuttavia, condurre ad un giudizio

di correttezza del procedimento effettivamente posto in essere dall'Amministrazione Comunale, stante la palese erroneità dello stesso. Invero, dalla norma in questione (in disparte ogni questione sulla ricorrenza, nel caso di specie, dei presupposti per la sua applicazione, per quanto le osservazioni del Procuratore Regionale sul punto si appalesino assolutamente condivisibili), non si desume affatto l'intenzione del legislatore di consentire, in ipotesi di effettivo subentro di altro concorrente successivamente graduato, la restituzione (id est: la non escussione) della cauzione prestata dall'appaltatore originario.

Non può, nondimeno, il Collegio omettere di evidenziare che, in ogni caso, alcun seguito è stato dato dall'Amministrazione Comunale all'intento - più volte dichiarato, come si è visto - di incamerare la cauzione prestata dalla ditta \*\*\*\*\* in caso di mancata sottoscrizione del contratto d'appalto da parte della \*\*\*\*\* (previa prestazione di idonea cauzione di pari importo), nonostante tale ipotesi si sia, in effetti, successivamente e definitivamente verificata.

Ed invero, nella Determinazione n. 48 del 21.2.2003 (cfr. all. sub 13 al doc. n. 2 della produzione del Requirente), con cui si provvede a disporre per la seconda volta la revoca dell'aggiudicazione dell'appalto alla \*\*\*\*\* , adottata dallo stesso convenuto, a seguito di un suo “..ravvedimento operoso...”, (come egli stesso lo definisce: cfr. pg. 7 della memoria di costituzione) sul punto della competenza ad adottare siffatto tipo di provvedimenti, non venne più disposto l'incameramento della cauzione prestata dalla ditta \*\*\*\*\* (come si sarebbe, invece, dovuto provvedere, in coerenza con quanto previsto nel congenere provvedimento n. 41/2001, adottato in precedenza dalla Giunta Comunale).

E ciò, nonostante lo stesso Ing. \*\*\*\*\* - come si è avuto già modo di dire - avesse proposto, con la nota n. 413/2002 sopra citata, di procedere in tal senso, questa volta coerentemente - deve notarsi - con il procedimento amministrativo, sebbene erroneo - come pure si è già rilevato - sino a quel momento posto in essere.

La quale circostanza convince ancor più il Collegio della grave colpevolezza del comportamento del \*\*\*\*\* e conferma - in disparte quanto correttamente osservato sul punto dal Procuratore Regionale - la esclusiva imputabilità ad costui del danno che ne occupa.

Invero, non può negarsi che, nel caso di specie, il predetto, non solo ha omesso di applicare norme e principi della materia dei pubblici appalti di pacifica e non contestata applicazione, che avrebbero richiesto, per effetto della rinuncia della ditta \*\*\*\*\* a proseguire nel rapporto contrattuale (id est: dell'accertato inadempimento) di procedere all'incameramento della cauzione da questa prestata, condizionando, invece, tale atto ad inesistenti ed erronei presupposti, ma ha anche omesso, proprio nel momento in cui ha ricondotto correttamente alla sua competenza funzionale l'adozione degli atti gestionali relativi all'appalto che ne occupa, di provvedere in tal senso, allorché tali presupposti si sono effettivamente verificati.

Trattasi di un comportamento che il Collegio giudica - condividendo sul punto l'avviso del Procuratore Regionale - improntato a massima ed inescusabile negligenza, non potendosi ammettere che un funzionario preposto ad un Ufficio Tecnico Comunale, peraltro rivestente qualifica dirigenziale, ignori elementari principi, pacificamente enunciati dalla giurisprudenza ed affermati in dottrina (e, peraltro, agevolmente desumibili dalla semplice lettura delle norme legislative, regolamentari e pattizie nella soggetta materia) sulla natura giuridica e sulla funzione della cauzione definitiva, e, conseguentemente, sulla natura potestativa, indisponibile e non condizionata del diritto dell'Amministrazione ad escuterla in caso di inadempimento contrattuale, al fine di soddisfare tutte le ragioni di credito in dipendenza di tale inadempimento, fatto salvo il maggior danno



eventualmente subito e ferma restando, ovviamente, una diversa valutazione del giudice a seguito di apposita azione introdotta dall'appaltatore.

Il convenuto deve essere, pertanto, condannato, in conformità alla proposta domanda, a risarcire il Comune di San Marco in Lamis del danno corrispondente alla mancata entrata conseguente all'omesso incameramento della cauzione definitiva prestata dalla ditta \*\*\*\* (€ 51.542,00), non ritenendo il Collegio sussistenti le condizioni per l'invocato esercizio del potere riduttivo.

Invero, l'unica circostanza dedotta a tal fine dal convenuto (la "...pesantissima situazione ambientale..." in cui egli avrebbe operato in dipendenza di infiltrazioni di tipo mafioso nel settore degli appalti pubblici nel Comune di San Marco in Lamis e non meglio precisate "...pressioni..." cui sarebbe stato sottoposto ovvero "...difficoltà..." operative) oltre che generica e non adeguatamente provata, appare, in ogni caso, ininfluyente, almeno nei termini prospettati, in relazione alla fattispecie dannosa che ne occupa, dovendosi collocare temporalmente la stessa (secondo quanto dichiarato dallo stesso convenuto) nel giugno del 2004, in relazione ad indagini di polizia giudiziaria che avrebbero coinvolto una ditta sub-appaltatrice dei lavori di che trattasi, e, dunque, a periodo di molto successivo a quello in cui si realizzò la rilevata grave omissione produttiva del danno all'esame, quando i lavori, dopo la rottura definitiva dei rapporti con la \*\*\*\*, erano stati appaltati ex novo alla Apulia s.r.l.

Che se poi il convenuto, nel denunciare tali non meglio precisate "...pressioni..." e siffatta "...pesantissima situazione ambientale...", abbia voluto riferirsi ad una condizione deteriorata insita al suo Ufficio e caratterizzante, più in generale, il settore dei pubblici appalti del Comune di San Marco in Lamis (indipendentemente, quindi, dai riferiti episodi di cronaca giudiziaria), dovrebbe ugualmente concludersi per l'insussistenza delle condizioni per l'esercizio del potere riduttivo, poiché ciò significherebbe ammettere che il mancato incameramento della cauzione prestata dalla ditta \*\*\*\* è imputabile, non solo agli infondati motivi (in quanto contraddetti dalle risultanze documentali) dedotti in questa sede, e nemmeno a quelli esposti negli atti amministrativi adottati (che si rivelerebbero, dunque, del tutto apparenti), ma a siffatta situazione ambientale, con una conseguente caratterizzazione ai limiti del dolo della rilevata omissione.

3.- Passando alla seconda posta di danno, osserva il Collegio che essa si compendia nella spesa sostenuta dal Comune di San Marco in Lamis per i pareri legali richiesti all'Avv. Mescia (sul comportamento da tenere successivamente alla disposta sospensione da parte del T.A.R. Puglia dell'esecutività della deliberazione n. 41/2001, con cui fu revocata l'aggiudicazione dell'appalto in favore della \*\*\*\* s.p.a., ditta terza classificata nella relativa procedura concorsuale e subentrata nell'appalto ai sensi dell'art. 10 ter della legge n. 104/1994, a seguito della rinuncia della seconda classificata, in dipendenza della mancata sottoscrizione del contratto nel termine previsto dall'art. 14 del Capitolato Speciale d'Appalto), all'Avv. Lombardi (sul comportamento da tenere successivamente alla mancata accettazione da parte della \*\*\*\* della proposta di componimento bonario, deliberata dalla Giunta Comunale con atto n. 126 in data 30.10.2001, relativa alla richiesta di indennizzo formulata da quest'ultima per i danni asseritamente subiti per effetto dell'adozione del provvedimento di revoca sopra citato, e del conseguente rifiuto della ditta medesima a sottoscrivere il contratto d'appalto), nonché per il patrocinio del Comune nel successivo giudizio introdotto dalla \*\*\*\* avverso le Determinazioni Dirigenziali n. 48/2003 e n. 136/2003, entrambe a firma dell'Ing. \*\*\*\*, con cui, rispettivamente, venne disposta nuovamente la revoca dell'aggiudicazione dell'appalto nei confronti della \*\*\*\*, a seguito del reiterato rifiuto di quest'ultima a sottoscrivere il contratto, e venne indetta una nuova gara per l'appalto dei lavori, giudizio poi conclusosi con declaratoria di improcedibilità per il manifestato difetto di interesse della \*\*\*\* alla prosecuzione dello stesso.

Tale danno, ammontante nel complesso ad €28.840,35, viene causalmente ricollegato all'adozione della deliberazione della Giunta Comunale n. 41/2001, con cui fu disposta, la prima revoca dell'appalto nei confronti della \*\*\*\*, ritenendo il Procuratore Regionale che fu proprio a seguito di tale provvedimento, palesemente illegittimo e anch'esso imputabile alla condotta gravemente colposa del convenuto, che i rapporti con la \*\*\*\* si deteriorarono definitivamente, originando quel conflitto che diede luogo alla necessità di far ricorso alla consulenza di professionisti esterni e che sfociò in un nuovo giudizio dinanzi al T.A.R..

3.1. Ritiene il Collegio di non poter convenire con l'assunto di parte attrice, in ordine alla sussistenza della responsabilità del convenuto, anche con riguardo a tale partita di danno.

Ed infatti, in disparte ogni questione sulla sussistenza del nesso eziologico tra l'adozione della deliberazione n. 41/2000 e la decisione di far ricorso alla consulenza di professionisti esperti in materie giuridiche, ovvero di resistere nel secondo giudizio introdotto dalla \*\*\*\*, dinanzi al T.A.R., che appare, invero, interrotto dalla circostanza dell'essere sorta tale necessità a seguito di iniziative non prevedibili e, per certi versi, chiaramente pretestuose della \*\*\*\* e, in ogni caso, in dipendenza di decisioni che sembrano del tutto autonome della Giunta Comunale ( il che è evidente, soprattutto, relativamente alla richiesta del parere all'Avv. Lombardi), reputa il Collegio che difetti, più a monte, il requisito della colpa grave.

Al riguardo, va considerato che se è pur vero che il termine di 30 giorni per la stipula del contratto d'appalto fissato dall'art. 14 del relativo Capitolato Speciale non poteva considerarsi perentorio in ossequio al principio generale desumibile dall'art. 152 c.p.c., mancando l'esplicita previsione di una sanzione per la sua inosservanza (per la quale considerazione il T.A.R. accolse la domanda cautelare proposta dalla \*\*\*\* avverso la deliberazione di revoca dell'aggiudicazione, essendo stata questa motivata proprio con il mancato rispetto di tale termine), è altrettanto indubitabile che trattasi di principio la cui conoscenza (essendo tratto da una norma contenuta nel codice di rito) presuppone, quanto meno, una preparazione giuridica di livello universitario, onde deve escludersi che possa rientrare nel bagaglio professionale minimo di un funzionario tecnico, quale è l'Ing. \*\*\*\*, il quale è invece tenuto a conoscere, al più, la normativa in materia di lavori pubblici.

D'altra parte, va pure tenuto conto che la revoca dell'appalto fu disposta, con ogni probabilità, in considerazione dell'eccessivo e non giustificato tempo (più di nove mesi) impiegato dalla \*\*\*\* per trasmettere la documentazione propedeutica alla stipula del contratto d'appalto, la quale circostanza ben poteva apparire, oggettivamente, in contrasto con l'esigenza di una celere ripresa dei lavori dopo lo scioglimento del contratto con la ditta \*\*\*\* (in relazione alla quale, con tutta evidenza, il Comune si era indotto, seppure non ne ricorressero in presupposti, a far ricorso alla procedura di cui all'art. 10 ter della legge n. 109/1994), nonché strumentalmente preordinata (come, in effetti, si è poi verificato) alla richiesta di compensi aggiuntivi.

Né, del pari, può, francamente, ritenersi che debba rientrare nelle conoscenze giuridiche di base del dirigente responsabile di un Ufficio Tecnico Comunale - come si pretende da parte del Procuratore Regionale - anche il procedimento da porre in essere per rimediare all'inosservanza di un termine ordinatorio (diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c., con fissazione di un nuovo termine), essendo del tutto evidente che trattasi, anche in questo caso, di nozioni che, per la loro specialità, presuppongono un'adeguata competenza professionale nel campo del diritto (non è un caso, infatti - ad avviso del Collegio - che la necessità del ricorso siffatto procedimento al fine di realizzare la finalità della revoca dell'aggiudicazione nei confronti della \*\*\*\*, stante l'ordinarietà del termine fissato dall'art. 14 del Capitolato Speciale d'Appalto, sia stata evidenziata dall'Avv. Mescia nel parere espresso successivamente alla sospensione dell'esecutività della deliberazione n. 41/2001- cfr. all. sub 9 al doc. n. 2 della produzione del Procuratore Regionale).

Conclusivamente, reputa il Collegio che nel comportamento dell'Ing. \*\*\*\* difettino i requisiti della grave ed inescusabile negligenza, onde lo stesso deve essere mandato assolto da ogni pretesa risarcitoria relativamente al danno che ne occupa.

4.- Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

**PER QUESTI MOTIVI**

la Sezione Giurisdizionale della Corte dei conti per la Puglia, definitivamente pronunciando, in parziale accoglimento dell'avanzata pretesa, condanna \*\*\*\* Pasquale Domenico al pagamento in favore del Comune di S: Marco in Lamis della somma di € 51.542,00 (cinquantunomilacinquecentoquarantaduezeroesimesimi), oltre rivalutazione monetaria secondo gli indici I.S.T.A.T., a decorrere dalla data del 24.3.2000 (di adozione della deliberazione n. 75/2000) e sino alla data della presente sentenza, e interessi legali, a decorrere da quest'ultima data e sino al soddisfo.

Condanna, altresì, il convenuto, al pagamento delle spese di giudizio, che sino all'originale della presente sentenza si liquidano in €473,86

(euroquattrocentosettantatre/86).

Così deciso in Bari, nella Camera di Consiglio del 12 ottobre 2005.

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

f.to (Francesco Paolo Romanelli)

f.to (Pelino Santoro)

Depositata in Segreteria il 24 febbraio 2006

**p. IL DIRIGENTE**

f.to (Giuseppe de Pinto)