ISSN 0393-5604

In tema di danno erariale scaturito dallâ??affidamento, ritenuto illegittimo, di un appalto pubblico.

Descrizione

25 â?? Sez. giurisdizionale dellâ??Emilia-Romagna â?? sentenza 20 marzo 2025 â?? Pres. V. Raeli, Est. A. Giordano â?? P.M. De Nicolo â?? Procura Emilia-Romagna c. B.E. e altri

(*distinzione tra illegittimitÃ dellâ??atto e illeceitÃ del contegno; nozione di avvalimento tecnico e operativo*)

La fattispecie oggetto della controversia riguarda il danno erariale scaturito dallâ??affidamento, ritenuto illegittimo, di un appalto pubblico.

Massime

PerchÃ© possa muoversi un addebito di responsabilitÃ amministrativa, deve ricorrere, insieme a una condotta antigiuridica (nonchÃ© a un adeguato nesso di causalitÃ e a un elemento soggettivo come *infra* dettagliato), un danno certo, effettivo e attuale allâ??Erario (Sez. Riunite, sent. n. 14/2011/QM). PiÃ¹ in particolare, il predicato di certezza discende dallâ??incontestabilitÃ del danno nella sua realtÃ materiale, quello di effettivitÃ dal carattere non ipotetico della *deminutio* e, infine, quello di attualitÃ solo allorchÃ© non consti la mera potenzialitÃ del pregiudizio, che deve sussistere al momento dellâ??esercizio dellâ??azione di responsabilitÃ . Non basta, invero, la condotta nÃ© la sola ipotetica illegittimitÃ dellâ??atto, potendo questâ??ultima unicamente integrare un elemento sintomatico dellâ??illiceitÃ del contegno. Lâ??inammissibilitÃ di automatismi tra illegittimitÃ del provvedimento e illiceitÃ della condotta ha, come corollario, il necessario assolvimento, da parte di chi agisce, dellâ??onere di compiutamente provare il danno che dal comportamento sia disceso allâ??Erario.

Lâ??avvalimento tecnico e operativo (oggi regolato dallâ??art. 104 d.lgs. n. 36/2023 e allora dallâ??art. 89 d.lgs. n. 50/2016), che consente a una o piÃ¹ imprese ausiliarie di mettere a disposizione degli operatori economici dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per la durata dellâ??appalto, Ã¨ mezzo al fine del principio di massima partecipazione degli operatori economici, nellâ??ottica di quellâ??apertura al mercato che il diritto unionale promuove.

Un eccessivo formalismo nel vagliare lâ??idoneitÃ dellâ??avvalimento rischierebbe di frustrare la preminente *ratio* cui lâ??istituto assolve.

CiÃ² Ã¨, del resto, implicito agli orientamenti del Consiglio di Stato, che, a piÃ¹ riprese, ha considerato valido, secondo i canoni di ermeneutica negoziale (artt. 1363 e 1367 c.c.) e coerentemente con lâ??equipollenza tra determinabilitÃ e determinatezza di cui allâ??art. 1346 c.c., il contratto di avvalimento allorchÃ© lâ??oggetto, pur non essendo puntualmente determinato, fosse comunque agevolmente determinabile alla luce del complessivo tenore del documento.

CosÃ¬ si Ã¨, infatti, espressa lâ??Adunanza Plenaria, che, pur con riferimento a una fattispecie regolata dal d.lgs. n. 163/2006, ha ricordato che lâ??art. 49 di questâ??ultimo decreto delegato

dovesse essere interpretato nel senso che ostasse a unâ??interpretazione tale da configurare la nullitÃ del contratto di avvalimento laddove una parte dellâ??oggetto del contratto fosse agevolmente determinabile (Cons. St., Ad. Plen., 11 novembre 2016, n. 23: *â??Lâ??articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e lâ??articolo 88 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione allâ??articolo 47, paragrafo 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a unâ??interpretazione tale da configurare la nullitÃ del contratto di avvalimento in ipotesi (quale quella che qui rileva) in cui una parte dellâ??oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciÃ² anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile. In siffatte ipotesi, neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica c.d. del â??requisito della forma/contenutoâ??, non venendo in rilievo lâ??esigenza (tipica dellâ??enucleazione di tale figura) di assicurare una particolare tutela al contraente debole attraverso lâ??individuazione di una specifica forma di â??nullitÃ di protezioneâ??. Le conclusioni di cui sopra trovano applicazione, non ravvisandosi ragioni in senso contrario, anche nel caso di categorie che richiedono particolari requisiti di qualificazione come la OS18A (riguardante â??la produzione in stabilimento ed il montaggio in opera di strutture di acciaioâ?•)â?•*).

Il quadro non Ã¨ sostanzialmente mutato con lâ??avvento del d.lgs. n. 50/2016, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*.

Emblematica Ã¨, sul punto, la sentenza n. 3300/2023 del Consiglio di Stato, con cui questâ??ultimo â?? in antitesi rispetto ai, pur esistenti, indirizzi piÃ¹ restrittivi â?? ha evidenziato che lâ??interpretazione del contratto di avvalimento tecnico e operativo non soggiaccia a rigidi formalismi, non essendo dato appellarsi ad *â??aprioristici schematismi concettuali che possano irrigidire la disciplina sostanziale della garaâ?•* (Cons. St., Sez. V, 30 marzo 2023, n. 3300: *â??Lâ??indagine in ordine agli elementi essenziali dellâ??avvalimento c.d. operativo deve essere svolta sulla base delle generali regole sullâ??ermeneutica contrattuale e, in particolare, secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 c.c.)â?•*).

FATTO

Con atto di citazione, la Procura contabile ha evocato in giudizio i Signoriâ?¦ , per sentirli condannare al risarcimento del danno erariale scaturito dallâ??asseritamente illegittimo affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria delle strade comunali del Comune di Lugo (RA) per lâ??anno 2018, per come emerso nellâ??ambito di apposita indagine penale per il reato di turbata libertÃ degli incanti condotta sul territorio nazionale a carico dei legali rappresentanti del Consorzio stabile EBG Group e della SocietÃ Giudice Costruzioni e Servizi s.r.l.

PiÃ¹ nel dettaglio, lâ??Unione dei Comuni della Bassa Romagna avrebbe disposto di procedere allâ??affidamento dei essi lavori di manutenzione straordinaria, giusta procedura negoziata preceduta da avviso pubblico, onde sollecitare un confronto competitivo con quindici operatori economici.

Il criterio di aggiudicazione sarebbe stato quello dellâ??offerta economicamente piÃ¹ vantaggiosa, con la previsione per cui, ove il numero di operatori economici interessati fosse risultato pari o inferiore a quindici, non si sarebbe potuto procedere allâ??integrazione dellâ??elenco, mentre, ove gli operatori interessati fossero risultati piÃ¹ di quindici, si sarebbe proceduto a sorteggio.

Dallâ??avviso pubblico sarebbe emerso che gli operatori economici interessati avrebbero dovuto possedere, a pena di esclusione, lâ??attestazione SOA nella Cat OG3 classifica II.

Tra gli operatori ammessi al confronto competitivo vi sarebbe stata lâ??impresa Giudice Costruzioni e Servizi s.r.l., che avrebbe partecipato alla procedura in avvalimento, segnatamente dichiarando di avvalersi dellâ??organizzazione e dei mezzi della Consorzio stabile EBG Group; ciÃ², secondo la Procura contabile, con un contratto che avrebbe indicato, in modo del tutto generico, i requisiti e le risorse messe a disposizione dellâ??impresa ausiliata, in asserito contrasto con il dettato dellâ??art. 89 d.lgs. n. 50/2016, *ratione temporis* vigente.

Sempre stando allâ??attorea prospettazione, dai fatti descritti gemmerebbe la responsabilitÃ erariale di â?¦, Responsabile del servizio appalti e contratti, CENNI Giancarla, funzionaria responsabile *p.t.* del servizio appalti e contratti e â?¦, RUP e direttore lavori, posta lâ??avvenuta aggiudicazione del contratto di appalto alla Giudice costruzioni e servizi s.r.l., che non avrebbe vantato i requisiti di legge, con conseguente nullitÃ del primo e carattere indebito del pagamento eseguito in forza del negozio invalido.

I convenuti avrebbero agito con colpa grave, affidando la commessa pubblica a un operatore che mai avrebbe potuto essere legittimo affidatario, siccome priva della necessaria qualificazione.

Il contratto di avvalimento â?? c.d. tecnico e operativo â?? sarebbe stato notevolmente generico, non individuando, in modo sufficientemente preciso, le risorse umane e materiali oggetto del *â??prestitoâ?•*.

Alle dottoresse â?¦ andrebbe imputata la mancata esclusione dalla procedura di un operatore economico sostanzialmente privo dei requisiti di qualificazione richiesti insieme allâ??illegittima aggiudicazione del contratto di appalto al medesimo operatore; al â?¦ apparirebbe, invece, imputabile la mancata verifica, nel corso dellâ??esecuzione dellâ??appalto, dellâ??effettivitÃ dellâ??avvalimento dichiarato dallâ??aggiudicatario in sede di partecipazione alla procedura.

Il danno erariale risiederebbe nella *deminutio patrimonii* che lâ??Ente locale avrebbe patito per effetto della stipula ed esecuzione di un contratto nullo o comunque inefficace; sarebbe pari allâ??intero esborso indebitamente erogato, detratto il vantaggio comunque conseguito dallâ??Amministrazione danneggiata o dalla comunitÃ per effetto dellâ??esecuzione parziale o totale della prestazione richiesta.

Non coglierebbero nel segno le deduzioni compiute dalle parti in sede pre-processuale; non avrebbe, in particolare, ragion dâ??essere lâ??eccezione di prescrizione estintiva, posto che il *dies a quo* di questâ??ultima coinciderebbe con il momento di conclusione del procedimento di collaudo.

La Procura ha concluso chiedendo la condanna dei soggetti evocati al risarcimento, in favore del Comune di Lugo, del contestato danno patrimoniale, che ammonterebbe a complessivi â?¬ 35.124 o al diverso importo ritenuto di giustizia, oltre a rivalutazione monetaria dalla data di emissione del certificato di regolare esecuzione dei lavori e interessi legali dal deposito della sentenza sino al momento dellâ??integrale soddisfazione, in ogni caso con condanna al pagamento delle spese di giudizio.

Si Ã¨ costituita in giudizioâ?¦.

Dopo ampie premesse in fatto, ha eccepito lâ??insussistenza della asserita nullitÃ del contratto di avvalimento, ritenendolo adeguatamente preciso e dettagliato, riportando il medesimo, in modo compiuto ed esauriente, le risorse e i mezzi prestati dallâ??ausiliaria in favore della societÃ avvalente; ha dedotto che la valutazione *illo tempore* compiuta dalla BIFFI sarebbe stata conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici e agli orientamenti interpretativi in tema di avvalimento; ha precisato che la Procura non avrebbe, in ogni caso, indicato i parametri di riferimento, oggettivi e verificabili, tali da comprovare lâ??insufficienza delle risorse specificamente indicate dal Consorzio stabile EBG Group.

Il contratto di avvalimento, oggi non piÃ¹ contestabile, consentirebbe di appieno comprendere oggetto, obblighi delle parti e corrispettivo; la condotta della â?¦ dovrebbe, peraltro, essere valutata *ratio temporis* sulla base delle interpretazioni giurisprudenziali esistenti nel 2018.

Inoltre, trattandosi, nel caso di specie, di avvalimento della certificazione SOA relativa alla categoria OG 3 class. III, la presentazione di copia della suddetta certificazione avrebbe potuto giÃ di per sÃ© considerarsi sufficiente ai fini della verifica del prestito del requisito in sede di ammissione alla gara.

Lâ??attestazione SOA vanterebbe, infatti, natura fidefacente, cosÃ¬ vincolando lâ??Amministrazione, che, nel corso delle verifiche di propria competenza circa la sussistenza dei presupposti di partecipazione alla gara, non potrebbe sindacarne la correttezza o veridicitÃ .

Lâ??operato della â?¦ si sarebbe limitato alla sola fase di ammissione dei partecipanti e di aggiudicazione dellâ??appalto, non avendo investito la successiva fase di esecuzione del contratto, invero affidata al RUP.

La mancata verifica circa lâ??adeguatezza della dotazione di risorse umane e strumentali e il mancato controllo del soggetto esecutore in corso dâ??opera sarebbero contestazioni indirizzabili al solo â?¦

La convenuta ha, quindi, fatto valere lâ??insussistenza della colpa grave, non potendo bastare una mera violazione di legge.

Quanto al danno, lâ??attore pubblico non ne avrebbe specificato la natura, individuandolo in forza di un teorico e astratto richiamo al criterio del 10% dellâ??utile.

Difetterebbero, in ogni caso, i predicati di certezza, attualitÃ e concretezza del pregiudizio, invero non provato nÃ© nellâ??*an* nÃ© nel *quantum*.

Essendo, poi, stato pagato un acconto il 30.12.2018, la somma risulterebbe prescritta.

Infine, lâ??addebito erariale sarebbe stato erroneamente imputato in parti uguali ai tre convenuti.

Ha concluso chiedendo dichiararsi lâ??erroneitÃ e/o lâ??infondatezza della domanda della Procura attrice; in subordine, ridurre significativamente lâ??ammontare del danno, tenendo conto del vantaggio conseguito dallâ??Amministrazione (risparmio di spesa, *compensatio lucri cum damno*) ed esercitando il potere riduttivo sulla base di una valutazione accurata delle condizioni oggettive e soggettive dei ruoli effettivamente svolti nella fattispecie dalle figure professionali coinvolte, distinguendo tra interventi e valutazioni formali avvenute sulla documentazione presentata dallâ??impresa nella fase amministrativa e mancati interventi, verifiche e controlli sullâ??effettivo impiego di persone, mezzi, organizzazione,

etc., da parte di RUP/DL nella fase di esecuzione del contratto, della mancata valutazione del comportamento ingannevole dellâ??impresa Giudice, della condotta specchiata della â?¦.

Si Ã¨ costituita in giudizio â?¦.

Ha preliminarmente eccepito lâ??intervenuta prescrizione quinquennale, dovendosi individuare il *dies a quo* per il computo del termine nel giorno 8 agosto 2018, data in cui la â?¦ presiedette la seduta pubblica di valutazione delle offerte in sostituzione della BIFFI, ovvero â?? in subordine â?? nel momento in cui la p.a. ha proceduto ai pagamenti in favore dellâ??impresa appaltatrice (in questâ??ultimo caso, la prescrizione rileverebbe con riguardo allâ??importo pagato a titolo di acconto in data 30.12.2018).

Lâ??azione erariale sarebbe, comunque, infondata.

Difetterebbe una condotta antigiuridica, non essendo mai stata accertata la presunta illegittimitÃ del contratto di avvalimento, che si appaleserebbe conforme a diritto, anche alla stregua dellâ??interpretazione fornita dalla giurisprudenza, e altresÃ¬ considerato il grado di dettaglio nellâ??individuazione delle risorse, umane e materiali, messe a disposizione.

La â?¦ non sarebbe stata, in ogni caso, nelle condizioni di escludere lâ??impresa Giudice Costruzioni dalla procedura; e sarebbe stata lâ??ipotetica esclusione che avrebbe dato luogo allâ??impugnativa.

Non ricorrerebbe, in ogni caso, alcun danno; danno che richiederebbe, per pacifica impostazione, la prova dei requisiti di certezza, effettivitÃ e determinazione.

Consterebbe, di contro, un palese risparmio procurato allâ??Erario dallâ??intervenuta aggiudicazione.

Del resto, lâ??aggiudicazione alla seconda graduata Baccari Costruzioni s.r.l.s. avrebbe comportato, alla luce del minore ribasso offerto, la contrattualizzazione dellâ??appalto a un maggiore importo, con conseguente aggravio di oneri economici per la stazione appaltante.

Mancherebbe, in ogni caso, un elemento soggettivo tale da supportare lâ??azione erariale.

Ha concluso chiedendo: in via preliminare, la declaratoria di prescrizione, totale o parziale, dellâ??azione; in via principale, il rigetto della proposta domanda nei confronti della â?¦, in quanto infondata; quindi, lâ??esercizio del potere riduttivo dellâ??addebito.

Si Ã¨, infine, costituito in giudizio â?¦.

Allâ??esito delle premesse in fatto, il convenuto ha fatto valere lâ??intervenuta prescrizione dellâ??azione erariale (giÃ in data 2 febbraio 2024).

Nel merito, lâ??azione erariale difetterebbe di fondamento.

Mancherebbe una condotta antigiuridica, avendo il RUP agito legittimamente (una risoluzione del contratto si sarebbe appalesata ingiustificata, sproporzionata e irragionevole) e non essendo stati accertati profili di illegittimitÃ .

Peraltro, a distanza di poche settimane dallâ??inizio dei lavori, lâ??appaltatrice avrebbe conseguito il proprio requisito SOA OG3 Class.II, oggetto di avvalimento.

Il danno risulterebbe, poi, radicalmente insussistente e a difettare sarebbe, altresÃ¬, lâ??elemento soggettivo.

La parte ha concluso chiedendo: in via preliminare, la declaratoria di prescrizione, totale o parziale, dellâ??azione; in via principale, il rigetto della proposta domanda; in subordine, lâ??esercizio del potere riduttivo dellâ??addebito.

Allâ??udienza del 22 gennaio 2025 le parti si sono riportate ai rispettivi atti, insistendo per lâ??accoglimento delle conclusioni ivi rassegnate.

DIRITTO

Ã? dâ??uopo preliminarmente delibare lâ??eccezione di prescrizione estintiva formulata dai convenuti nelle rispettive comparse di costituzione e risposta.

Lâ??eccezione Ã¨ infondata.

In materia di appalti pubblici, il *dies a quo* della prescrizione decorre dalla data di conclusione del procedimento di collaudo (Sez. Riunite, sent. n. 2/2003/QM), nel caso di specie risalente al 5 marzo 2020 (giorno di emissione del certificato di regolare esecuzione dei lavori).

Non essendo da allora al momento della notificazione degli inviti a dedurre decorso il quinquennio previsto dallâ??art. 1 l. n. 20/1994, deve ritenersi consentita la disamina nel merito della pretesa.

Questâ??ultima non puÃ² essere accolta.

Secondo lâ??attrice, la responsabilitÃ erariale dei convenuti deriverebbe dallâ??avvenuto affidamento del contratto pubblico per cui Ã¨ causa (quanto ai Sigg. â?¦) e alla sua mancata risoluzione (quanto al Sig. NOBILE) a un operatore, la Giudice Costruzioni e Servizi s.r.l., che si sarebbe illegittimamente avvalso delle risorse messe a disposizione dalla Consorzio stabile EBG Group.

Occorre, invero, rimarcare che, perchÃ© possa muoversi un addebito di responsabilitÃ amministrativa, debba ricorrere, insieme a una condotta antigiuridica (nonchÃ© a un adeguato nesso di causalitÃ e a un elemento soggettivo come *infra* dettagliato), un danno certo, effettivo e attuale allâ??Erario (Sez. Riunite, sent. n. 14/2011/QM).

PiÃ¹ in particolare, il predicato di certezza discende dallâ??incontestabilitÃ del danno nella sua realtÃ materiale, quello di effettivitÃ dal carattere non ipotetico della *deminutio* e, infine, quello di attualitÃ solo allorchÃ© non consti la mera potenzialitÃ del pregiudizio, che deve sussistere al momento dellâ??esercizio dellâ??azione di responsabilitÃ .

Non basta, invero, la condotta nÃ© la sola ipotetica illegittimitÃ dellâ??atto, potendo questâ??ultima unicamente integrare un elemento sintomatico dellâ??illiceitÃ del contegno (Sez. Abruzzo, n. 79/2016: *â??[â?¦] lâ??illegittimitÃ di singoli atti o provvedimenti: non rileva, di per sÃ©, ai fini della connotazione di antigiuridicitÃ del comportamento di un agente pubblico; lâ??accertamento del giudice contabile non cade sullâ??illegittimitÃ di un atto ma sullâ??illiceitÃ del fatto giuridico che, modificando la realtÃ ,*

abbia comportato una diminuzione patrimoniale per lâ??amministrazione [â?¦] non si traduce automaticamente in danno; i concetti di illegittimitÃ ed illiceitÃ attengono a piani funzionali diversi ed il danno, in presenza di altri concomitanti elementi, riguarda il secondo; la Corte dei conti, infatti, giudica non dellâ??illegittimitÃ dellâ??atto ma del complessivo comportamento del convenutoâ?•).

Lâ??inammissibilitÃ di automatismi tra illegittimitÃ del provvedimento e illiceitÃ della condotta ha, come corollario, il necessario assolvimento, da parte di chi agisce, dellâ??onere di compiutamente provare il danno che dal comportamento sia disceso allâ??Erario.

Nel caso di specie, alla dimostrazione del fatto potenzialmente foriero di danno, non si Ã¨ unita la contestuale prova di questâ??ultimo nei suoi predicati di certezza e attualitÃ .

La Procura ha, infatti, dedotto, con ampie allegazioni, la ritenuta illegittimitÃ dellâ??avvalimento, per asserita violazione, da parte di ausiliata e ausiliaria, del precettivo dettato dellâ??art. 89 d.lgs. n. 50/2016, senza tuttavia puntualizzare lâ??effettivo nocumento che sarebbe derivato allâ??Amministrazione.

E vi Ã¨ di piÃ¹.

Risulta agli atti che, atteso il maggior ribasso offerto dalla Giudice Costruzioni e Servizi s.r.l., lâ??aggiudicazione in favore di questâ??ultima ha comportato, per la stazione appaltante, unâ??*utilitas* .

A fronte dellâ??allegazione per cui lâ??aggiudicazione alla seconda graduata Baccari Costruzioni s.r.l.s. avrebbe comportato, al cospetto dei medesimi lavori, la conclusione dellâ??appalto al maggiore importo di â?¬ 398.291,85, oltre Iva, con un aggravio di spesa per la stazione appaltante di â?¬ 51.520,59, parte attrice nulla ha controdedotto; cosa che esenta gli odierni convenuti dallâ??assolvimento di ulteriori oneri dimostrativi.

Tutto ciÃ² posto, fermo il carattere assorbente del rilievo in questione, va revocata in dubbio la stessa sussistenza di un fatto idoneo a generare danni e di un elemento soggettivo tale da giustificare lâ??addebito.

Lâ??allegata illegittimitÃ dellâ??avvalimento tecnico e operativo in concreto impiegato non trova, invero, univoca dimostrazione agli atti di causa.

Occorre, in proposito, ricordare che lo strumento (oggi regolato dallâ??art. 104 d.lgs. n. 36/2023 e allora, *ratione temporis*, dallâ??art. 89 d.lgs. n. 50/2016), che consente a una o piÃ¹ imprese ausiliarie di mettere a disposizione degli operatori economici dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per la durata dellâ??appalto, Ã¨ mezzo al fine del principio di massima partecipazione degli operatori economici, nellâ??ottica di quellâ??apertura al mercato che il diritto unionale promuove.

Un eccessivo formalismo nel vagliare lâ??idoneitÃ dellâ??avvalimento rischierebbe di frustrare la preminente *ratio* cui lâ??istituto assolve.

CiÃ² Ã¨, del resto, implicito agli orientamenti del Consiglio di Stato, che, a piÃ¹ riprese, ha considerato valido, secondo i canoni di ermeneutica negoziale (artt. 1363 e 1367 c.c.) e coerentemente con lâ??equipollenza tra determinabilitÃ e determinatezza di cui allâ??art. 1346 c.c., il contratto di

avvalimento allorchÃ© lâ??oggetto, pur non essendo puntualmente determinato, fosse comunque agevolmente determinabile alla luce del complessivo tenore del documento.

CosÃ¬ si Ã¨, infatti, espressa lâ??Adunanza Plenaria, che, pur con riferimento a una fattispecie regolata dal d.lgs. n. 163/2006, ha ricordato che lâ??art. 49 di questâ??ultimo decreto delegato dovesse essere interpretato nel senso che ostasse a unâ??interpretazione tale da configurare la nullitÃ del contratto di avvalimento laddove una parte dellâ??oggetto del contratto fosse agevolmente determinabile (Cons. St., Ad. Plen., 11 novembre 2016, n. 23: *â??Lâ??articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e lâ??articolo 88 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione allâ??articolo 47, paragrafo 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a unâ??interpretazione tale da configurare la nullitÃ del contratto di avvalimento in ipotesi (quale quella che qui rileva) in cui una parte dellâ??oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciÃ² anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile. In siffatte ipotesi, neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica c.d. del â??requisito della forma/contenutoâ??, non venendo in rilievo lâ??esigenza (tipica dellâ??enucleazione di tale figura) di assicurare una particolare tutela al contraente debole attraverso lâ??individuazione di una specifica forma di â??nullitÃ di protezioneâ??. Le conclusioni di cui sopra trovano applicazione, non ravvisandosi ragioni in senso contrario, anche nel caso di categorie che richiedono particolari requisiti di qualificazione come la OS18A (riguardante â??la produzione in stabilimento ed il montaggio in opera di strutture di acciaioâ?•)â?•*).

Il quadro non Ã¨ sostanzialmente mutato con lâ??avvento del d.lgs. n. 50/2016, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*.

Emblematica Ã¨, sul punto, la sentenza n. 3300/2023 del Consiglio di Stato, con cui questâ??ultimo â?? in antitesi rispetto ai, pur esistenti, indirizzi piÃ¹ restrittivi â?? ha evidenziato che lâ??interpretazione del contratto di avvalimento tecnico e operativo non soggiaccia a rigidi formalismi, non essendo dato appellarsi ad *â??aprioristici schematismi concettuali che possano irrigidire la disciplina sostanziale della garaâ?•* (Cons. St., Sez. V, 30 marzo 2023, n. 3300: *â??Lâ??indagine in ordine agli elementi essenziali dellâ??avvalimento c.d. operativo deve essere svolta sulla base delle generali regole sullâ??ermeneutica contrattuale e, in particolare, secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 c.c.)â?•*).

Nel caso di specie, non risulta lâ??evidente inadeguatezza delle risorse messe a disposizione dallâ??ausiliaria (si pensi al punto 2) del contratto â?? ove leggesi: *â??Lâ??impresa ausiliaria si obbliga verso lâ??impresa ausiliata e nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dellâ??appalto le risorse necessarie di cui Ã¨ carente lâ??impresa ausiliata [â?¦] come di seguito indicativamente elencate: know-how tecnologico e commerciale, a mezzo del proprio direttore tecnico/responsabile tecnico e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento; il numero necessario di Squadre tipo, composte da 1 operaio specializzato, 1 operaio qualificato e 1 operaio comune, i cui nominativi verranno comunicati prima dellâ??inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto applicato; i mezzi necessari allâ??esecuzione dellâ??opera, quali: Ponteggi omologati, Gru rotativa, Container alloggio attrezzi e Uffici, Molazze da cantiere, Impastatrice/Betoniere, Macchine da taglio legno/ferro, Martelli demolitori ad aria e/o elettrici, Puntelli varie misure, Badili, secchi, attrezzatura minuta, ecc.â?•* â?? e allâ??*â??Elenco mezziâ?•*

accluso allo stesso negozio, che indurrebbero, piuttosto, a ritenere che la sufficiente determinatezza dellâ??oggetto â?? o almeno la sua determinabilitÃ â?? sussistesse).

Neppure emerge la manifesta genericitÃ dellâ??avvalimento (mai contestato, a quanto consta *ex actis*, nel plesso giurisdizionale del Giudice amministrativo), che va delibato ai lumi del canone ispiratore di massima partecipazione (strumentale, a propria volta, rispetto al principio dellâ??accesso al mercato, oggi sancito dallâ??art. 3 d.lgs. n. 36/2023), fermo il rilievo, di non indifferente portata, per cui lâ??appaltatrice risulta comunque aver conseguito in proprio, il 6 febbraio 2019, il requisito oggetto di avvalimento; circostanza fattuale, questâ??ultima, che la Procura (secondo cui lâ??addebito di responsabilitÃ affonderebbe le proprie radici proprio nellâ??avere i convenuti consentito lâ??esecuzione dei lavori a un soggetto *â??*ex se *sprovvisto della necessaria qualificazione, privo di titoliâ?•* â?? pag. 11 dellâ??atto di citazione) non ha specificamente contestato.

Ferma lâ??insussistenza dellâ??elemento oggettivo della contestata responsabilitÃ amministrativa, difetta altresÃ¬ lâ??elemento soggettivo della colpa grave.

Se Ã¨, infatti, vero che, ai sensi dellâ??art. 1 l. n. 20/1994, la colpa Ã¨, tanto quanto il dolo, criterio di imputazione della responsabilitÃ amministrativo-contabile, perchÃ© la prima raggiunga una soglia di rilevanza tale da giustificare lâ??azione erariale deve risultare connotata da gravitÃ (punto di equilibrio, questâ??ultima, tra principio di responsabilitÃ *ex*art. 28 Cost. e necessitÃ di prevenire rallentamenti e inerzie nellâ??*agere* dellâ??Amministrazione pubblica â?? v. C. Cost., 20 novembre 1998, n. 371 e, piÃ¹ di recente, C. Cost., 6 giugno 2024, n. 132).

Tale gravitÃ :

â?? postula, anzitutto, lâ??esistenza di una regola a contenuto cautelare atta a esprimere la misura della condotta â?? diligente, perita e prudente â?? sulla quale il legislatore ha riposto lâ??affidamento per prevenire ed evitare il rischio di esternalitÃ negative;

â?? richiede, quindi, la verifica della conoscenza o conoscibilitÃ (prevedibilitÃ) da parte dellâ??agente e le condizioni di operativitÃ (prevenibilitÃ , evitabilitÃ) nelle quali sono state poste in essere le condotte.

Allâ??esito di siffatto primo stadio di valutazioni, Ã¨ necessario accertare, *ex ante* e in concreto, il grado di esigibilitÃ della condotta comandata, in ragione delle condizioni concrete dellâ??agire.

Tale seconda indagine presuppone, a propria volta, la verifica che:

â?? lâ??agente abbia correttamente individuato la situazione materiale che richiede lâ??adempimento degli obblighi di servizio a contenuto cautelare (prudenza, diligenza e perizia);

â?? sussistano le condizioni operative per il loro adempimento;

â?? non vi siano circostanze anomale che ne impediscano lâ??osservanza o falsino la percezione dellâ??agente (si vedano, *ex multis*, Sez. II App., sentt. nn. 662/2014, 619/2015 e 637/2015; Sez. III App., sentt. nn. 155/2019 e 7/2021).

Alla violazione della regola cautelare deve, in definitiva, aggiungersi lâ??assenza di quel minimo di diligenza, prudenza o perizia richiesto dalla specifica attivitÃ espletata.

Nel caso di specie, appare complesso ritenere che i convenuti fossero nelle condizioni, al momento delle contestate condotte, di rilevare la â?? mai accertata nÃ©, prima dellâ??azione erariale, contestata â?? illegittimitÃ di un avvalimento le cui clausole non risultavano, in concreto, macroscopicamente carenti di dettaglio (si considerino, in particolare, le risorse individuate testualmente in seno al contratto, *sub* punto 2 di questâ??ultimo, e lâ??*â??Elenco mezziâ?•* allegato al negozio, per come detto *supra*).

Implicando il carattere di gravitÃ della colpa la rilevanza dei soli contegni manifestamente contrari ai precetti positivi e nutrendosi la prima di un profilo soggettivo (lâ??esigibilitÃ della condotta alternativa), Ã¨ difficile addebitare responsabilitÃ ai convenuti, che, a fronte di clausole negoziali non manifestamente generiche e di orientamenti giurisprudenziali favorevoli a una lettura sostanzialista degli avvalimenti tecnici e operativi (va, per inciso, rilevato che le sentenze piÃ¹ rigorose che evoca la Procura a pag. 12 dellâ??atto di citazione sono successive alle condotte oggetto di contestazione), non versavano nelle concrete condizioni, a monte, di non ammettere lâ??impresa Giudice Costruzioni e Servizi s.r.l. alla procedura o di non aggiudicarle la commessa oppure, a valle, di risolvere lo stipulato contratto (esclusione, omessa aggiudicazione o risoluzione che, anzi, avrebbero potuto sfociare in contenziosi, almeno in potenza, forieri di oneri economici finanche superiori a quelli oggi contestati dallâ??attrice).

Mancando, in definitiva, gli elementi fondanti della responsabilitÃ amministrativa, la domanda attorea deve essere respinta.

Dato lâ??art. 31, comma 2, d.lgs. n. 174/2016 (a tenore del quale *â??Con la sentenza che esclude definitivamente la responsabilitÃ amministrativa per accertata insussistenza del danno, ovvero, della violazione di obblighi di servizio, del nesso di causalitÃ , del dolo o della colpa grave, il giudice non puÃ² disporre la compensazione delle spese del giudizio e liquida, a carico dellâ??amministrazione di appartenenza, lâ??ammontare degli onorari e dei diritti spettanti alla difesaâ?•*), le spese processuali seguono la soccombenza e sono poste a carico dellâ??Amministrazione, nella misura liquidata in dispositivo.

Data di creazione
2025/03/23