

Nel disegno di Legge Finanziaria 2007, all'art. 181 è prevista la rivalsa dello Stato nei confronti di regioni, province autonome di Trento e di Bolzano, enti territoriali, altri enti pubblici e soggetti equiparati, nel caso di violazione degli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria o qualora non venga data tempestiva esecuzione alle sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee: Le controversie relative all'esercizio del diritto di rivalsa sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ferma restando la giurisdizione della Corte dei conti

Di Sonia Lazzini

Si rammenta a questo proposito:

<

Le stazioni appaltanti devono rispettare i principi fondamentali del Trattato CEE

Il ministero per le politiche comunitarie nella persona del suo responsabile, ministro Buttiglione, con la circolare numero 8756 del 6 giugno 2002 ha inteso porre alcuni fondamentali principi in tema di normativa applicabile agli appalti pubblici "sottosoglia"

Alcuni contratti di appalti, sebbene per il loro modesto importo risultino essere esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie, sono comunque soggetti ad alcuni fondamentali principi di diritto primario dettati dal Trattato CEE quali ad esempio:

- il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità;
  - la parità di trattamento;
- le norme relative alla libera circolazione delle merci,
  - le norme relative alla libertà di stabilimento;
  - le norme relative alla libera prestazione di servizi;
    - il rispetto del principio di trasparenza

a cui le amministrazioni devono adeguare il proprio operato.

In conclusione un invito da parte del dipartimento redattore della circolare rivolto tutte le amministrazioni interessate a conformarsi alle ricordate prescrizioni in sede di stipulazione di contratti sottosoglia e gestione delle relative procedure selettive, nonché una segnalazione che sottolinea come le inosservanze delle regole comunitarie sopra descritte potrebbero rendere lo Stato italiano destinatario di procedure di infrazione da parte dell'Unione europea ed imporre l'attivazione di consequenziali provvedimenti>

Per la giurisprudenza, si legga da ultimo:

< Corte dei Conti - SEZIONE GIURISDIZIONALE REGIONALE PER LA LOMBARDIA - n. 447 del 14.7.2006 :

(...)

4.2. Mandato n. 15 del 3.2.2004 di euro **2.112,00** liquidati alla Ditta X per la stampa di n. 27 poster.

In ordine alla spesa suddetta, è documentata la condivisione dell'Amministrazione scolastica regionale al progetto per l'allestimento di uno stand dell'U.S.R. Lombardia e del MIUR allo SMAU 2002/2003. Ritiene, non di meno, il Collegio la sussistenza di un addebito contabile a carico del

convenuto, per l'assenza di un minimo confronto concorrenziale, fondante la scelta del contraente fornitore.

Non v'è chi non scorga, in proposito, l'indefettibile coniugazione del criterio di efficacia, con quello ad esso complementare dell'economicità, eretti, non a caso congiuntamente, a presidio dell'attività amministrativa dall'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Sicché, non può non affermarsi che ciò che rileva in questa sede è la mancata adozione, nel caso concreto, di un modello contrattuale conforme alle normali regole di contabilità pubblica, che non autorizzano ad omettere - come nella fattispecie all'esame - l'incipit di un minimo di confronto concorrenziale per qualsiasi procedura contrattuale ad oggetto pubblico. Tanto più oggi che i principi basilari in materia di concorrenza e libera prestazione dei servizi, di cui agli artt. 81 e ss. e 49 e ss. del Trattato CE si impongono al rispetto degli Stati membri indipendentemente dall'ammontare delle commesse pubbliche: basti considerare in proposito, con riferimento all'epoca dei fatti per cui è causa, che i commi 1, 2, 4, 5 e 9 dell'art. 24 l. n. 289 del 2002 (legge finanziaria 2003) - nell'estendere agli acquisti sotto soglia di beni e servizi la normativa nazionale di recepimento della normativa comunitaria, nell'imporre la gara per l'acquisto di beni e servizi secondo procedure di evidenza pubblica, nel fissare l'ambito soggettivo ed oggettivo di tale obbligo, nel limitare il ricorso alla trattativa privata e nel collegare alla violazione dell'obbligo sanzioni civili (nullità dei contratti) e forme di responsabilità - implicano l'osservanza generalizzata dei principi desumibili dalla normativa comunitaria (Corte costituzionale, 15 novembre 2004, n. 345).

La necessità del rispetto delle regole di evidenza pubblica è, per ciò stesso, da intendere quale regola generale, come confermato sia dalla Corte di Giustizia della Unione Europea, secondo la quale anche gli appalti pubblici di scarso valore, seppure non espressamente ricompresi nell'ambito di applicazione delle procedure particolari e rigorose delle direttive, non sono esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario (in tal senso ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19), in quanto, a prescindere dalla diretta applicazione della normativa comunitaria sugli appalti di servizi e forniture, vanno comunque rispettati i principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza.

Ne deriva, pertanto, che, anche per gli appalti sottosoglia, il diritto comunitario considera il ricorso alla scelta diretta (che nell'ordinamento nazionale tradizionalmente corrisponde, come noto, alla trattativa privata), in deroga ai principi di trasparenza e concorrenza, quale evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, necessitanti di adeguata motivazione, che rendano impossibile, in termini di razionalità, l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto (cfr. in tal senso, anche la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie n. 8756 del 6 giugno 2002).

In virtù della loro finalità intrinseca, pertanto, il principio della libera concorrenza e quello di non discriminazione, si atteggiano quali principi di ordine generale e di diretta derivazione comunitaria, non limitabili, in quanto tali, agli appalti cd. "comunitari", anche a prescindere dalla mancata menzione di analoga prescrizione restrittiva nella normativa nazionale regolamentare relativa alla semplificazione delle procedure di aggiudicazione di forniture sotto soglia, di cui al d.P.R. 18 aprile 1994 n. 573. La suddetta somma di euro 2.112,00 vale, pertanto, quale posta di danno erariale addebitabile - nella misura di seguito indicata - al convenuto a titolo di sanzione per violazione della concorrenza, come sarà meglio esplicitato nel prosieguo della motivazione.

(...)

6. Procedendo, quindi, alla quantificazione delle sole poste di danno rivenienti dalla irregolarità contabile delle spese sostenute relative ai punti 4.2, 4.5, 4.6, 4.7 e 4.10 della trattazione, il Collegio rileva che le stesse sono accomunate dal medesimo profilo di “danno alla concorrenza”, più sopra individuato sulla base di indici rivelatori univoci della violazione dei parametri di imparzialità e buon andamento sussumibili nel principio di concorrenza che deve presiedere le scelte dell'Amministrazione aventi ad oggetto qualsiasi commessa pubblica di lavori, forniture e servizi. A proposito di questo “danno alla concorrenza”, il Collegio ritiene che tutti gli operatori di diritto e massimamente gli organi giurisdizionali debbano contribuire ad invertere nella prassi amministrativa i principi dell'ordinamento comunitario ai quali esso si ispira e che costituiscono principi dell'ordinamento nazionale, secondo l'interpretazione autentica fornita dall'art. 1 della legge n. 241/1990, come attualmente modificato dall'art. 1 della legge 11.2.2005, n. 15.

A questo riguardo, occorre ricordare come, nell'ordinamento nazionale, la normativa in tema di evidenza pubblica, nata al fine di favorire l'economicità dell'azione amministrativa ed evitare sprechi e danni all'erario pubblico, ha finito con il divenire *modus agendi* tipico della pubblica amministrazione, in quanto modalità procedimentale idonea a garantire il perseguimento non solo dei fini di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, ma altresì di quelli di legalità, trasparenza e responsabilità. Ora, seppure è vero che il fine precipuo della normativa di evidenza pubblica di derivazione comunitaria sia, invece, quello di favorire la concorrenza, è anche vero che il perseguimento di tale fine può coesistere con altri, soprattutto se ad esso collegati o addirittura funzionali al suo raggiungimento. In particolare, si vuole evidenziare come la concorrenza nel settore degli appalti pubblici venga favorita dalla legalità dell'azione amministrativa, così come il perseguimento di questa (finalità di cui è garante la Corte dei Conti) favorisce, al contempo, il miglior funzionamento del mercato concorrenziale e, di conserva, l'economicità dell'azione amministrativa.

In altri termini, si può dire che la garanzia della legalità, trasparenza, efficacia ed efficienza dell'azione dei pubblici poteri, garantita dall'attività della Corte dei Conti (sia in sede di controllo che in sede giurisdizionale), è connessa e funzionale alla tutela della concorrenza in tutti quei mercati contraddistinti dalla presenza di operatori pubblici (in quanto la legalità del loro agire adiuva la formazione, il consolidamento ed il miglioramento di un mercato concorrenziale). Ciò che si richiede, per l'appunto, è che l'azione amministrativa sia improntata al rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità e, quindi, conformata ai canoni della concorsualità. D'altro canto, è ormai un dato acquisito dalla scienza economica che il perfetto funzionamento dei meccanismi di mercato non necessita solo di una situazione di concorrenza effettiva, ma anche di una condizione di legalità, intesa questa come diffuso e comune rispetto delle regole, garanzia di crescita economica, nonché sociale. Sicché, il *vulnus inferto*, nel caso concreto, al funzionamento di detti meccanismi non può non rilevare sul piano della responsabilità amministrativo-contabile, per il costo sociale che esso comporta, salvo il ricorso alla valutazione meramente equitativa dell'ammontare del relativo danno. Né varrebbe obiettare il fatto che a detta stregua, con lo strumento della responsabilità amministrativa, il giudice contabile finirebbe con l'apprestare una specifica tutela - riconoscendone la perseguibilità - delle lesioni agli interessi generali (o diffusi) in materia di equilibrio economico-finanziario (secondo il ragionamento formulato da Cass. SS.UU. 13 aprile 1992, n. 4486, con riferimento ad una ipotesi ivi genericamente divisata alla stregua di “danno all'economia nazionale”). Siffatto modo di ragionare trascurerebbe, infatti, di considerare che lo sviamento dalle norme di contabilità pubblica che presiedono alle procedure conseguenti ad ogni decisione di spesa - poste dall'ordinamento nazionale, prima ancora che dai principi di diritto comunitario, come apprestatrici di una specifica protezione della regolarità e proficuità nella utilizzazione delle risorse pubbliche (art. 3 del R.D. n. 2440 del 1923; art. 41 del R.D. n. 827 del 1924), nonché come sanzione di eventuali fenomeni di devianza (artt. 81 e 82 del R.D. n. 2440 del 1923; art. 2043 del Codice civile; art. 41 ed 81 della Carta costituzionale) - concretizza di per sé la

lesione di interessi generali dello Stato - comunità che non possono non godere della stessa protezione accordata ai diritti soggettivi perfetti di natura patrimoniale. In vero, eludere l'evidenza pubblica che deve sostenere la decisione di spesa di un organo della P.A. significa anzitutto sottrarre la stessa al controllo della corretta e proficua redistribuzione del prelievo fiscale, da attuarsi secondo l'indefettibile predeterminazione dei criteri e delle modalità di tipo concorsuale indicati dall'art. 12 della legge n. 241 del 1990, la cui effettiva osservanza deve risultare dai singoli provvedimenti attributivi di specifici vantaggi economici a valere sulle risorse pubbliche considerate. Tanto più dopo il riconoscimento (v. Cass. SS.UU. 1 marzo 2006, n. 4511) dell'attrazione alla giurisdizione contabile dell'incidenza negativa sul budget della spesa pubblica ad opera del privato beneficiario, anche sotto il mero profilo di sottrarre ad altri soggetti ugualmente meritevoli il vantaggio economico di una commessa che il mancato ricorso ad un minimo di confronto concorrenziale ha loro impedito: non diversamente - per quel che rileva in ambito nazionale - possono essere lette, in combinato disposto tra loro, le disposizioni di cui agli artt. 92 del r.d. n. 827 del 1924 - secondo cui "la trattativa privata ha luogo quando, dopo aver interpellato, se ciò sia ritenuto conveniente, più persone o ditte, si tratta con una di esse" - 6 del r.d. n. 2440 del 1923 e 41 n. 6 del r.d. n. 827 del 1924 che consentono il ricorso all'affidamento diretto della prestazione sol quando ricorrano "speciali ed eccezionali circostanze" per le quali non possano essere utilmente seguite le aste o le licitazioni, tra le quali certamente si annovera l'esigenza di una prestazione infungibile in virtù di determinati "requisiti tecnici" che solo un determinato prestatore è in grado di fornire, come può argomentarsi dal n. 3 del prefato art. 41 (meglio specificata per gli appalti di servizi sopra soglia nell'art. 7, comma 2, lett. b) del D.Lgs. n. 157 del 1995). Né, d'altronde, il convenuto ha diversamente giustificato il proprio modus operandi, facendo riferimento ad apposita normativa interna dell'Amministrazione regolante, ai sensi dell'art. 8 del r.d. n. 2440 del 1923 - di cui costituisce vigente applicazione per i contratti sotto soglia l'art. 2 del DPR n. 384/2001 - l'acquisizione in economia di specifici servizi, quali quello di prestazione d'opera professionale in argomento. A ciò si aggiunga, come si è avuto modo di precisare, che la tutela della concorrenza si intreccia con il valore unificante della disciplina comunitaria, che mira a garantire, anche sotto soglia, agli operatori economici analoghe modalità, trasparenti e non discriminatorie, di aggiudicazione degli appalti. A questo riguardo, in vero, secondo gli organi comunitari e secondo la giurisprudenza nazionale, anche i contratti sotto soglia comunitaria devono rispettare i principi del Trattato a tutela della concorrenza e, segnatamente, i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento (Corte di Giustizia CE, 3 dicembre 2001, C. 59/2000, ord., in Foro it., 2002, IV, 67; circolare del Dipartimento per le politiche comunitarie 29 aprile 2004, in G.U. 12 luglio 2004); e ciò non può non valere anche per i servizi di natura intellettuale. Inoltre, anche a livello costituzionale l'art.97 Cost. pretende che siano assicurati il buon andamento - sub specie di andamento pubblico dell'economia - e l'imparzialità dell'Amministrazione, che ne costituiscono il tratto caratteristico della personalità giuridica pubblica.

Né varrebbe ad esimere il convenuto sotto il profilo della gravità della colpa, nel caso concreto, la considerazione che l'anomalia del processo di spesa in argomento possa essere stata conseguenza di una "asimmetria informativa", intendendo con ciò una situazione in cui il decisore della spesa abbia agito senza il necessario bagaglio di conoscenze specifiche, poiché se si accedesse a tale considerazione verrebbe meno la fluidità di quel processo circolare di autonomia decisionale e di controllo sulla legittimità degli atti posti in essere che connota l'agire degli organi esponenti della pubblica amministrazione, quale per l'appunto è da considerare il Preside di una scuola.

Fatte queste doverose premesse di ordine sistematico, il Collegio procede alla valutazione equitativa più consona dell'ammontare di tale tipo di danno addebitabile al convenuto, che appare senz'altro quella che contempera l'esigenza di sanzionare il vulnus inferto al bene della vita costituito dal buon andamento e dall'imparzialità dell'amministrazione - garantito dall'art. 97 Cost., quale espressione dei "principi dell'ordinamento comunitario" cui deve uniformarsi l'attività amministrativa degli

organi nazionali per quanto sopra detto - con l'utilità comunque ritratta dalle prestazioni summenzionate. Entro questo limite, appare ragionevole che il convenuto risponda, a titolo personale, delle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati, alla stregua del combinato disposto dei commi 4 e 5 dell'art. 24 della sopra menzionata legge n. 289 del 2002, che ha limitato in via generale la possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere alla trattativa privata ai soli casi eccezionali e motivati, imponendo, peraltro, il previo esperimento di una documentata indagine di mercato. A questo preciso riguardo, il Collegio ritiene meglio aderente alla fattispecie in esame quella giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), ad avviso della quale il vizio che inficia la procedura di evidenza pubblica - al quale può quindi parificarsi la stessa omissione della procedura medesima - determina come conseguenza la mancanza del requisito della legittimazione a contrarre. Ed, invero, il vizio che inficia la corretta manifestazione della volontà contrattuale dell'Amministrazione dà luogo alla conseguenza di privare l'Amministrazione stessa, con efficacia ex tunc, della legittimazione a negoziare, per cui, in sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto si trova nella condizione di aver stipulato quale falsus procurator, privo di legittimazione. La categoria che viene in gioco in tal caso non è la nullità, ma l'inefficacia relativa o nullità in senso atecnico.

## Disegno di Legge Finanziaria 2007

(...)

### Art. 181 - (Misure per assicurare l'adempimento degli obblighi comunitari ed internazionali)

1. Al fine di prevenire l'instaurazione delle procedure d'infrazione di cui agli articoli 226 e seguenti del Trattato istitutivo dell'Unione europea o per porre termine alle stesse, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati adottano ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni, loro imputabili, degli obblighi degli Stati nazionali derivanti dalla normativa comunitaria.

Essi sono in ogni caso tenuti a dare pronta esecuzione agli obblighi derivanti dalle sentenze rese dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, ai sensi dell'articolo 228, comma 1, del Trattato.

2. Lo Stato esercita nei confronti dei soggetti di cui al comma 1, che si rendano responsabili della violazione degli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria o che non diano tempestiva esecuzione alle sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee, i poteri sostitutivi necessari, secondo i principi e le procedure stabiliti dall'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n.131.

3. Lo Stato ha diritto di rivalersi nei confronti dei soggetti di cui al comma 1 indicati dalla Commissione europea nelle regolazioni finanziarie operate a carico dell'Italia a valere sulle risorse del FEAGA, del FEASR e degli altri Fondi aventi finalità strutturali.

4. Lo Stato ha diritto di rivalersi sui soggetti responsabili delle violazioni degli obblighi di cui al comma 1 degli oneri finanziari derivanti dalle sentenze di condanna rese dalla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 228, comma 3, del Trattato.

5. Lo Stato ha altresì diritto di rivalersi sulle regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati, i quali si siano resi responsabili di

violazioni delle disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dei Protocolli addizionali, degli oneri finanziari sostenuti per dare esecuzione alle sentenze di condanna rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato in conseguenza delle suddette violazioni.

6. Lo Stato esercita il diritto di rivalsa di cui ai precedenti commi 3, 4 e 5:

- a) nei modi, indicati al comma 7, qualora l'obbligato sia un ente territoriale;
- b) mediante prelevamento diretto sulle contabilità speciali obbligatorie istituite presso le sezioni di tesoreria provinciale dello Stato, ai sensi della legge 20 ottobre 1984, n.720, per tutti gli enti e gli organismi pubblici, diversi da quelli indicati nella precedente lettera a), assoggettati al sistema di tesoreria unica;
- e) nelle vie ordinarie, qualora l'obbligato sia un soggetto equiparato ed in ogni altro caso non rientrante nelle previsioni di cui alle precedenti lettere a) e b).

7. La misura degli importi dovuti allo Stato a titolo di rivalsa, comunque non superiore complessivamente agli oneri finanziari di cui ai precedenti commi 3, 4 e 5, è stabilita con provvedimento del Ministro dell'economia e delle finanze da adottare entro novanta giorni dalla notifica, nei confronti degli obbligati, della sentenza esecutiva di condanna della Repubblica italiana. Il provvedimento del Ministero dell'economia e delle finanze costituisce titolo esecutivo nei confronti degli obbligati e reca la determinazione dell'entità del credito dello Stato nonché l'indicazione delle modalità e i termini del pagamento, anche rateizzato. In caso di oneri finanziari a carattere pluriennale o non ancora liquidi, possono essere adottati più decreti del Ministero dell'economia e delle finanze in ragione del progressivo maturare del credito dello Stato.

8. I decreti ministeriali di cui al comma 7, qualora l'obbligato sia un ente territoriale, sono emanati previa intesa sulle modalità di recupero con gli enti obbligati. Il termine per il perfezionamento dell'intesa è di centoventi giorni decorrenti dalla data della notifica, nei confronti dell'ente territoriale obbligato, della sentenza esecutiva di condanna della Repubblica italiana. L'intesa ha ad oggetto la determinazione dell'entità del credito dello Stato e l'indicazione delle modalità e dei termini del pagamento, anche rateizzato. Il contenuto dell'intesa è recepito, entro trenta giorni dal perfezionamento, in un provvedimento del Ministero dell'economia e delle finanze che costituisce titolo esecutivo nei confronti degli obbligati. In caso di oneri finanziari a carattere pluriennale o non ancora liquidi, possono essere adottati più provvedimenti del Ministero dell'economia e delle finanze in ragione del progressivo maturare del credito dello Stato, seguendo il procedimento disciplinato nel presente comma.

9. In caso di mancato raggiungimento dell'intesa, all'adozione del provvedimento esecutivo indicato nel comma 7 provvede il Presidente del Consiglio dei ministri, nei successivi controventi giorni, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 29 agosto 1997, n. 281. In caso di oneri finanziari a carattere pluriennale o non ancora liquidi, possono essere adottati più provvedimenti del Presidente del Consiglio dei ministri in ragione del progressivo maturare del credito dello Stato, seguendo il procedimento disciplinato nel presente comma.

10. Le notifiche indicate nei commi 6 e 7 sono effettuate a cura e spese del Ministero dell'economia e delle finanze.

**11. Le controversie relative all'esercizio del diritto di rivalsa di cui ai precedenti commi 3, e 4 e 5 sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ferma restando la giurisdizione della**

**Corte dei conti ai sensi dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20.**