REPUBBLICA ITALIANA **n. 980**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DEI CONTI
SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE LOMBARDIA

composta dai Magistrati:

Luisa MOTOLESE Presidente f.f.
Francesco LOMBARDO Primo referendario
Adelisa CORSETTI Primo Referendario relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di responsabilità iscritto al n. 24566 del registro di segreteria ad istanza della Procura regionale per la Lombardia contro il Sig. **L. S. P.**, nato a xxx il xxx, residente in xxx, Via xxx rappresentato e difeso dall'Avv. Paolo Moroni presso il cui studio in Milano, Via Manara, n. 15 ha eletto domicilio.

VISTI: il r.d. 13 agosto 1933, n. 1038, art. 26; il r.d. 12 luglio 1934, n. 1214; il d.l. 15 novembre 1993, n. 453 convertito nella l. 14 gennaio 1994, n. 19; la l. 14 gennaio 1994, n. 20; il d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito in l. 20 dicembre 1996, n. 639; il c.p.c., artt. 131, 132 e 133.

VISTO l'atto introduttivo;

LETTI gli atti e i documenti di causa.

UDITI, nella pubblica udienza del 25 settembre 2008 il Primo Referendario relatore Adelisa Corsetti, l'avv. Paolo Moroni ed il Pubblico Ministero in persona del Sostituto procuratore generale Paolo Evangelista.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione depositato il 23 novembre 2007, la Procura regionale ha citato in giudizio l'ex dipendente di OMISSIS S.p.A. S. P. per sentirlo condannare al pagamento della somma di euro **888.876,00,** oltre a rivalutazione monetaria, interessi legali e spese di giudizio, per il danno cagionato alla predetta società – oltre che ad OMISSIS S.p.A., alla holding controllante OMISSIS e al Ministero dell'economia e delle finanze detentore della partecipazione di controllo - in relazione alle illecite retribuzioni da esso percepite per agevolare la società OMISSIS ITALIA S.p.A. nell'aggiudicazione della fornitura di quadri per le centrali a ciclo combinato di OMISSIS S.p.A.

L'attività negoziale nella quale si inserisce il fatto corruttivo all'esame si inquadra nel contratto di servizio stipulato tra le due società del gruppo OMISSIS, avente ad oggetto << Svolgimento di servizi di ingegneria, di approvvigionamento, di supervisione ai lavori di costruzione, montaggio, Precommissioning, Commissioning ed Avviamento relativi alla realizzazione di Combined Cycle Power Plants >> per la realizzazione delle centrali presso i siti di **Omissis** (**omissis**) (commessa 307810), di **omissis** (commessa 307710), di **omissis** (commessa 904410) e di **omissis** (commessa 904510).

Il contratto di servizio prevede la gestione, da parte di OMISSIS S.p.A., delle procedure d'appalto per la realizzazione delle predette centrali, delle quali OMISSIS S.p.A. resta il contraente finale, firmatario del contratto e titolare dei rapporti nascenti da esso conseguenti. In forza di ciò, alla committente spettano le scelte finali, ma la sottoscrizione di un contratto è sempre preceduta dall'emissione di un promemoria da parte dei procuratori di OMISSIS S.p.A., il che assicura, in base alla capacità di spesa di ciascuno, i previsti livelli di controllo.

La procedura negoziale di cui è causa consiste in un appalto di servizi assegnato mediante affidamento diretto, in conformità alle norme recate dal d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, che disciplina le procedure d'acquisto nei c.d. settori esclusi. Essa ha luogo nell'aprile 2002, con l'invio di un'offerta da parte della OMISSIS per la fornitura di quadri da 6kv per tutti i siti di OMISSIS S.p.A. e da 10kv per il sito di **M.**.

I fatti oggetto di causa sono in corso di accertamento in sede penale, nell'ambito di una complessa indagine sulla corruzione di dirigenti di società pubbliche nel settore energetico, nella quale si ipotizza la presenza di un'associazione per delinquere finalizzata alla percezione di tangenti e al condizionamento delle gare ad esclusivo vantaggio delle imprese eroganti.

La responsabilità di S. P., come descritta dalle ordinanze di custodia cautelare emesse in data 29 novembre 2004 nei confronti del medesimo e dei compartecipi B. M., B. G.L., P. P., F. D. e, in data 11 ottobre 2004 a carico di A. B. e A. C., si sostanzia nella trasmissione al C., intermediario per OMISSIS ITALIA S.p.A., di notizie riservate utili ad orientare l'esito della gara, dietro percezione di tangenti.

La predetta attività illecita sarebbe stata svolta dal convenuto in qualità, prima, di quadro (Responsabile Purchaising Team Materiali elettrici ed acquisiti diversi) dell'ufficio approvvigionamenti di OMISSIS S.p.A. e poi di dirigente (Responsabile Purchaising Team della Task Force appositamente dedicata agli approvvigionamenti), dal febbraio 2002 al 1° febbraio 2003 (data di pensionamento).

Il rapporto di stretta collaborazione tra C. e S. P., con riferimento ai contratti gestiti da OMISSIS S.p.A. emerge chiaramente dagli atti penali: il convenuto ha ammesso di aver ricevuto somme di denaro in cambio di informazioni riservate sulle gare. S. P., nell'interrogatorio del 1° dicembre 2004 ammette: << Ho conosciuto C. nel 1994 – 1995 quando ha cominciato a frequentare OMISSIS come rappresentante. E' vero che su suggerimento di C. ho aperto un conto presso l'Omissis di Omissis che porta un numero che non ricordo … l'ho aperto circa nel 1994 – 1995. … Il motivo di questi versamenti è il

seguente. Ero stato in grado su richiesta di C. di fornirgli delle informazioni sulle gare, non erano grosse informazioni per quanto riguardava gli appalti, in sostanza si riferivano a chi era in gara, chi era in Short–List e qualche volta chi era tecnicamente preferito dal committente Omissis. Fornivo queste informazioni dopo averle apprese da qualche collega ma soprattutto stampando il tabulato cui potevo accedere che in inglese viene chiamato *Inquiries Status Record*. Per quanto concerneva le forniture di materiali elettrici avevo invece e potevo fornire tutti i dati essendo il mio settore, mi riferisco ai dati economici e cioè ai prezzi offerti dai vari concorrenti. Riconosco sotto tale profilo le forniture OMISSIS e omissis di cui si parla nell'Ordinanza di custodia cautelare …>>.

Le stesse affermazioni sono riscontrate dal C., nell'interrogatorio del 27 ottobre 2004, pag. 4: << Dato il livello di S. riuscivo ad avere da lui solamente la tabulazione tecnico commerciale della prima offerta. Per questo non c'era assolutamente la sicurezza dell'aggiudicazione dal momento che c'era sempre il rischio che lo sconto che Omissis calcolato per la fase successiva della gara, quando cioè il committente chiede l'ultimo prezzo, non fosse sufficiente … Questo tipo di indicazione documentale che ottenevo è il livello più basso di notizia riservata in una gara anche se è pur sempre un documento utile ed a volte anche decisivo. Preciso che il S. mi passava normalmente queste indicazioni (compreso quando c'era lo *scoring model*) a volte verbalmente, a volte con appunti manoscritti, a volte addirittura con la fotocopia del documento interno. >> Con riferimento ai fatti di causa, il C. ha riferito di due gare << la prima relativa ai quadri di media tensione e la seconda relativa ad una sottostazione aggiudicata alla OMISSIS AG …persona di riferimento per entrambe le gare è l'ing. G. (dirigente di riferimento del gruppo OMISSIS) ho fornito loro fotocopia delle tabulazioni tecniche che ho consegnato direttamente al G. nel suo ufficio.>> (C., interrogatorio 27 ottobre 2004).

In relazione ai predetti fatti, viene contestato dalla Procura regionale un danno diretto, pari alla somma delle illecite retribuzioni percepite dal sodalizio criminoso (euro **431.277,00)** e un danno alla concorrenza, per euro **457.599,00** pari all'utile di impresa (10 %) del valore dei contratti stipulati a seguito dell'attività illecita.

Con riferimento alla prima voce di danno, esso è stato determinato in via equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c. e rapportato all'*intero* importo della tangente erogata dalla società, benché l'ammontare delle somme percepite da S. P. venga indicato dal C. in euro 150.000,00 (interrogatorio 21 ottobre 2004, pag. 3 e 4). La Procura regionale ha così ritenuto di commisurare il danno all'intera tangente (erogata o soltanto promessa), nell'idea che il nocumento subito dalla società pubblica, in termini di maggiori costi contrattuali, non può essere inferiore a quanto preventivato. Pertanto il danno diretto si identifica con la << ripresa >> in sede di offerta, delle tangenti erogate dalla ditta corruttrice poiché, nella logica dell'attività d'impresa, sarebbe insensato erogare una tangente in misura superiore al vantaggio conseguito.

Con riguardo al danno alla concorrenza, la Procura ritiene che il passaggio di informazioni riservate sulla gara violi le regole di imparzialità della p.a. e nuoccia alla concorrenza, oltre a violare le norme interne dell'ente (Codice di comportamento OMISSIS approvato il 21 ottobre 1998).

In particolare, la violazione delle regole di evidenza pubblica determina la carenza di uno degli elementi essenziali del contratto, il consenso, e si estende all'elemento oggettivo del contratto rendendo nulla la causa per contrasto a norme imperative (art. 1343 c.c.) o per frode alla legge (art. 1344 c.c.). In ogni caso, il vizio dà luogo a nullità del contratto ex art. 1418 c.c. (Cass., sez. un., 10 giugno 2005, n. 12195; Cons. St., Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; id., Sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7470). La nullità del contratto, anche quando il provvedimento presupposto sia stato annullato con sentenza del giudice amministrativo, determina la spettanza, in capo al privato contraente, non del corrispettivo contrattuale, travolto dalla nullità, ma dell'arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c. (Cass., Sez. I, 8 novembre 2005, n. 21645).

I riflessi giuscontabili delle riferite tesi, consentono di determinare il danno alla concorrenza nei pagamenti eccedenti la quota riconducibile all'arricchimento senza causa, di cui l'utile di impresa rappresenta la misurazione legislativa (C.d.S., Sez. IV, 10 dicembre 1998, n. 1760; C.d.C., Sez. Liguria, 13 dicembre 1999, n. 1141; id., Sez. Emilia – Romagna, 27 gennaio 2000, n. 166).

L'Avv. Moroni, costituito in giudizio con memoria depositata il 18 luglio 2008, invita il Collegio a valutare la responsabilità del proprio assistito con esclusivo riferimento alla fornitura OMISSIS dei quadri di media tensione (erroneamente confusa dallo stesso legale con l'altra fornitura OMISSIS, concernente la sottostazione elettrica) responsabilità che, a suo avviso, deve essere esclusa, trattandosi di un appalto di importo eccedente la sua capacità di stipulare ordini (euro 50.000,00). In buona sostanza, afferma che S. P. non era in possesso delle abilitazioni necessarie a << stortare >> le gare poiché, anche nella qualità di Responsabile Purchaising Team della Task Force per gli approvvigionamenti, aveva accesso ad un solo documento, denominato *Inquiries Status Record* e non anche alle tabulazioni economiche o agli *scoring model*.

In punto di diritto, e in via pregiudiziale, contesta la giurisdizione della Corte dei conti in materia, tenuto conto della novella legislativa introdotta con l'art. 16-*bis* del d.l. 31 dicembre 2007 n. 248, decreto convertito, con modificazioni, in l. 28 febbraio 2008 n. 31, che va ad abbattere la competenza giurisdizionale del giudice contabile sui danni commessi da amministratori e dipendenti delle società per azioni quotate con partecipazione

minoritaria da parte dello Stato.

In ogni caso, il patrocinante esclude la sussistenza di un diritto al risarcimento del danno erariale poiché, a suo avviso, il danno si concretezza con la definizione del processo penale, ancora in fase istruttoria e ritiene verificata la decadenza di cui all'art. 5, co. 1, d.l. n. 453 del 1993, convertito in l. n. 19 del 1994, per inapplicabilità della sospensione feriale del termine alla fase pre-processuale. Infine, considera non provata la responsabilità del convenuto sullo specifico episodio contestato, con particolare riferimento al passaggio delle informazioni riservate e alla percezione della tangente.

Con riferimento alla sussistenza del danno, osserva che nessuna diminuzione patrimoniale è stata patita dall'erario, considerando che vi è già una condanna per danno da disservizio e all'immagine in relazione alle tangenti percepite da S. P. (sez. Lombardia n. 414/2007) e che la commisurazione del danno alla concorrenza al 10 % dell'utile di impresa è frutto di un'eccessiva semplificazione da parte dell'Organo requirente, non condivisa dal giudice amministrativo. Aggiunge il patrocinante che la questione della sorte del contratto a seguito della caducazione del provvedimento di aggiudicazione non è ancora pacifica, in attesa della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, a cui è stata rimessa e che, pur accogliendo la tesi della nullità, questa dovrebbe essere pronunciata dal giudice ordinario ad evitare, ad avviso del medesimo, una declinazione sanzionatoria della responsabilità risarcitoria in questione.

All'udienza, il P.M. respinge le eccezioni pregiudiziali sollevate dalla difesa: la tardività dell'atto di citazione, per la costante giurisprudenza favorevole all'applicazione del termine feriale anche alla fase pre-processuale; la carenza di giurisdizione, per l'avvenuto deposito della citazione in epoca antecedente all'entrata in vigore dell'art. 16-bis del c.d. <<decreto milleproroghe>>. Nel merito, ribadisce che il convenuto era in possesso di tutte le abilitazioni necessarie per entrare in possesso dei dati relative alle gare, soprattutto nel periodo in cui era P.T. della Task force da cui dipendevano i buyers dell'ufficio approvvigionamenti, come anche riferito dai dipendenti di OMISSIS nel corso dell'audizione (M., nota di dep. n. 2, all. 6; M., nota di dep. n. 2, all. 7). In ordine alla quantificazione del danno diretto, come traslazione del costo della tangente, la Procura cita taluni precedenti giurisprudenziali della Sezione I centrale di appello e, con riferimento alla illiceità del contratto per contrarietà a norme imperative, menziona la recente Cass., sez. I, 5 maggio 2008, n. 11031, secondo cui il criterio dell'annullabilità non vale in caso di commissione di un reato. Per l'individuazione dell'ente danneggiato, il P.M. caldeggia l'indirizzo giurisprudenziale già seguito da questa Sezione, che vede imputare il diritto al risarcimento del danno alla società pubblica danneggiata, indipendentemente dalla quota di partecipazione detenuta dal Ministero, ritenendo insussistente l'interferenza della presente azione con l'azione sociale di responsabilità, tanto più considerando la qualifica di dipendente e non di amministratore del S. P.. Circa la quantificazione del danno, non si oppone a che la Corte tenga conto del concorso, nella produzione del danno, di soggetti estranei alla p.a. (nella specie, il C.).

L'Avv. Moroni muove dalla prospettiva della responsabilità degli amministratori della OMISSIS S.p.A. per non aver intentato azione civile di responsabilità nei confronti del dipendente infedele: il mancato esperimento di essa li rende responsabili verso i soci e, pertanto, passibili dell'azione sociale di responsabilità. Al riguardo, ribadisce la natura privata delle società operative del gruppo OMISSIS, che si quotano sul mercato per distribuire utili e non sono soggette alle regole pubblicistiche. Nella specie, il patrocinante non nega che il proprio assistito abbia tenuto una condotta infedele – consistente nella rivelazione di notizie riservate - ma precisa che il danno contestato è riconducibile ad altri fattori. In particolare, si riporta alla relazione della Guardia di finanza, da cui emerge che il danno deriva dalla mancata applicazione dello sconto del 7,8 % sui siti di **M. e B**., per cui esso sarebbe riferibile alle fasi della stipulazione e della gestione del contratto (durante le quali sono state modificate le condizioni del contratto aggiudicato), mentre il S. P. è intervenuto soltanto in fase di aggiudicazione. Inoltre, negli atti processuali penali non vi è prova di versamento di denari in data successiva ad aprile 2000, venendo a cadere l'ipotesi accusatoria per la prima voce di danno.

Al termine della discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Sulla tempestività dell'atto di citazione.

In rito, occorre esaminare l'eccezione di inammissibilità della domanda giudiziale per violazione del termine inderogabile di cui all'art. 5, co. 1, del d.l. 15 novembre 1993, n. 453, convertito in l. 14 gennaio 1994 n. 19, nel testo modificato dall'art. 1, co. 3 bis, del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni, nella legge 20 dicembre 1996, n. 639. Essa si fonda sull'avvenuto superamento del termine di 120 gg. che intercorre tra la data di notificazione dell'invito a dedurre e l'emissione dell'atto di citazione.

L'eccezione è da respingere dovendo tenersi conto, nell'individuazione del termine di scadenza per il deposito dell'atto di citazione in giudizio, della sospensione feriale dei termini di cui alla legge 7 ottobre 1969, n. 742.

La sospensione del predetto termine durante il periodo feriale è riconosciuta da giurisprudenza consolidata (C. conti , sez. riun. 15 febbraio 2007, n. 1/QM; id., sez. I, 10 gennaio 2005, n. 3; id., sez. II, 7 giugno 2004, n. 184; id., sez. II, 25 marzo 2004, n. 100; id., sez. III, 28 ottobre 2003, n. 440; id., sez. II, 8 luglio 2003, n. 264; id., sez. I, 16 giugno 2003, n. 208; id., sez. I, 10 aprile 2003, n. 122; id., sez. riun., 20 marzo 2003, n.

7/QM; id., sez. I, 4 ottobre 2002, n. 340; id., sez. II, 30 agosto 2002, n. 273; id., sez. I, 10 luglio 2002, n. 235; id., sez. II, 27 settembre 2001, n. 320; id., sez. I, 6 luglio 2001, n. 218; id., sez. III, 10 aprile 2001, n. 79).

L'eccezione è, quindi, destituita di fondamento.

2. Sull'eccezione di difetto di giurisdizione.

Sulla provvista di giurisdizione, la difesa del convenuto ritiene dirimente il disposto dell'art. 16-*bis* del d.l. 31 dicembre 2007 n. 248, decreto convertito, con modificazioni, in l. 28 febbraio 2008 n. 31 (articolo aggiunto in sede di conversione), secondo cui << *Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*. >>

Al riguardo, la difesa espone che l'atto di citazione è stato notificato al convenuto in epoca successiva alla data di entrata in vigore della succitata disposizione, sicché, non trattandosi di << giudizio in corso >> si verificherebbe, in concreto, la carenza di giurisdizione della Corte dei conti prefigurata dalla norma.

L'eccezione non merita accoglimento, tenuto conto della struttura dell'atto introduttivo del giudizio nell'azione di responsabilità, che ha forma e sostanza di un atto di citazione ma, in concreto, opera come un ricorso, contenendo l'istanza di fissazione dell'udienza di discussione, udienza che viene disposta al Presidente della Sezione giurisdizionale con decreto in calce all'atto di citazione stesso.

Pertanto, ai fini della litispendenza, non rileva la data di notificazione dell'atto di citazione a comparire, bensì il suo precedente deposito nella segreteria della Sezione giurisdizionale poiché, da quel momento, l'organo requirente, attivando il potere del giudice di procedere alla fissazione dell'udienza, perde la disponibilità del processo (cfr. C. conti, sez. Abruzzo, 11 giugno 2004, n. 453; id., sez. I, 3 ottobre 2003, n. 340/A; id., sez. II, 3 marzo 2003, n. 64/A; id., sez. Lombardia, 3 marzo 2003, n. 307; id., sez. Basilicata, 31 dicembre 2002, n. 458; id., sez. Lombardia 14 aprile 1999, n. 436; id., sez. Sicilia, 3 gennaio 2000, n. 1; id., sez. Sicilia, 17 giugno 1999, n. 165; id., sez. Campania, 16 novembre 1999, n. 80). La tesi è suffragata da conforme pronuncia delle Sezioni Riunite di questa Corte (sentenza 4 agosto 1998, n. 18/QM/1998).

Secondariamente, la giurisdizione contabile viene esclusa, da parte della difesa, in considerazione della natura privatistica degli enti danneggiati, i quali esercitano un'attività imprenditoriale sia pure regolamentata dai pubblici poteri. A tal fine, viene sostenuto che il mercato dell'energia e del gas si caratterizza come << servizio di pubblica utilità >> e non come << servizio pubblico >> e che la garanzia del perseguimento dei fini pubblicistici sta nell'Autorità mentre gli operatori del settore sarebbero spogliati di qualsiasi rilievo pubblicistico.

Le predette considerazioni, già confutate dalla giurisprudenza di questa Sezione e che si intendono qui richiamate (sez. Lombardia, 15 maggio 2008, n. 288; id., 4 marzo 2008, n. 135; id.,17 luglio 2007, n. 414; id., 22 febbraio 2006, n. 114), sono superate dall'attuale quadro normativo. Infatti, la novella legislativa introdotta con l'art. 16-*bis* del d.l. 31 dicembre 2007 n. 248, convertito, con modificazioni, in l. 28 febbraio 2008 n. 31, nell'escludere, per il futuro, la giurisdizione contabile sui fatti lesivi commessi in danno di società pubbliche partecipate dallo Stato in misura inferiore al 50 % , va a confermare – implicitamente – la provvista di giurisdizione del giudice contabile su tali fattispecie dannose, sia pure per le fattispecie di danno verificatesi in data anteriore alla sua entrata in vigore.

L'attuale assetto normativo prevede, quindi, una rigida linea di demarcazione tra i processi di nuova instaurazione, per i quali è espressamente esclusa la giurisdizione contabile, e i << giudizi in corso >> che ad essa restano soggetti.

Per questi giudizi, tra i quali rientra la fattispecie in esame, la legge realizza l'*interpositio legislatoris* richiesta, secondo la dottrina tradizionale, dalla norma costituzionale attributiva della competenza giurisdizionale alla Corte dei conti << nelle materie di contabilità pubblica >> (art. 103, co. 2, Cost). Ciò vale a dire che l'intervento del legislatore rende incontestabile, anche per il passato, la sussistenza della giurisdizione contabile sui fatti commessi in danno di società pubbliche, positivizzando un orientamento finora di esclusiva matrice giurisprudenziale, anche se consolidato.

Analoga tecnica normativa è stata seguita con l'art. 3 del d.l. 28 agosto 2008, n. 134, che ha escluso la competenza del giudice contabile per i fatti commessi dagli amministratori, dai componenti del collegio sindacale e dal dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari in danno di Alitalia-Linee aeree italiane S.p.A., nonché di Alitalia Servizi S.p.A. e delle società da queste controllate, nel periodo dal 18 luglio 2007 fino alla data di entrata in vigore del decreto legge. Anche qui, la *ratio* della disposizione – concernente singole società pubbliche - è riconducibile alla sussistenza della giurisdizione contabile nelle materie colpite dal provvedimento di esclusione poiché, diversamente, la norma sarebbe *inutiliter data*.

Per tutte le suesposte considerazioni, la sollevata questione di giurisdizione è infondata *per tabulas,* trattandosi di giudizio già introdotto all'entrata in vigore dell'art. 16-

bis del d.l. n. 248 del 2007, convertito in l. n. 31 del 2008.

3. Sulla condotta produttiva di danno.

La commissione del fatto dannoso da parte del convenuto, ancorché, non accertata in modo incontrovertibile nel processo penale, appare certa, alla luce delle concordanti dichiarazioni del medesimo e del soggetto corruttore, il C., il quale si presentava come intermediario tra le società committenti nel settore dell'energia e le ditte fornitrici, vendendo a queste ultime informazioni utili alla presentazione delle offerte e, in definitiva, ad orientare l'esito delle gare. In particolare, l'interrogatorio del C. dinanzi al P.M. in data 27 ottobre 2004 dimostra che il convenuto fornì precise indicazioni documentali relative a due gare OMISSIS (quella *sub iudice*, concernente la fornitura di quadri di media tensione e la gara relativa alla sottostazione elettrica) e che la << fotocopia delle tabulazioni tecniche >> fu dallo stesso C. consegnata direttamente all'ing. G., referente per la OMISSIS ITALIA S.p.A. Il S. P., nell'interrogatorio del 1° dicembre 2004, ha ammesso di essere in grado di fornire ogni genere di informazione relativamente alla fornitura di materiali elettrici, trattandosi di settore di propria competenza e, in particolare, di riconoscere << sotto tale profilo le forniture OMISSIS menzionate nell'ordinanza di custodia cautelare >> (le due gare sopra citate, appunto). Lo stesso convenuto ammette poi di aver accettato somme di denaro ed altre regalie dal C. per lo svolgimento di tale attività informativa.

A fronte di tali concordanti dichiarazioni, appare superfluo soffermarsi sul possesso, da parte del convenuto, delle abilitazioni necessarie ad influenzare le gare, oppure sull'utilità effettiva della tabulazione commerciale della prima offerta (denominata *Inquiries Status Record*) a seconda che essa fosse o meno accompagnata anche dalle tabulazioni economiche o dagli *scoring model,* tanto più considerando che, nel periodo di riferimento, S. P. ricopriva funzioni dirigenziali in qualità di P.T. della Task force da cui dipendevano i buyers dell'ufficio approvvigionamenti.

In buona sostanza, il passaggio di informazioni riservate è un fatto ampiamente provato e tanto basta a configurare la violazione dei doveri di servizio che è uno degli elementi essenziali dell'illecito amministrativo contabile.

4. Sulla sussistenza del c.d. danno da tangente.

La teoria del c.d. danno da tangente si fonda su elementi indiziari che, di norma, sono di facile riscontro nelle fattispecie di corruzione finalizzata all'aggiudicazione di contratti pubblici. Nella logica dell'attività di impresa, certamente presente nel comportamento economico dei soggetti privati, appare insensato erogare un'illecita retribuzione per un importo superiore al vantaggio atteso in sede di perfezionamento del contratto, tenuto conto anche del rischio, insito nel porre in essere una condotta penalmente rilevante, di essere scoperti e di subire una condanna penale. Di qui l'identificazione del danno da tangente con la << ripresa >> in sede di offerta, delle tangenti erogate dalla società corruttrice, sicché l'importo del danno in questione, secondo la predetta logica, non può essere inferiore all'ammontare dell'illecita retribuzione. In tal senso, il *quantum* promesso o versato dalla società corruttrice assurge a valido criterio equitativo, secondo i canoni dell'art. 1226 c.c.

Sin qui, il Collegio condivide pienamente l'assunto della Procura attrice, ritenendo che la quantificazione del danno in questione possa essere desunta dall'ammontare della tangente erogata. Sennonché, l'applicazione del ragionamento induttivo non può prescindere da un dato certo, costituito dalla somma illecita promessa o ricevuta in pagamento, che è il punto di partenza della costruzione del c.d. danno da tangente.

Sulla questione, il Collegio ravvisa talune carenze nel procedimento probatorio, poiché l'ammontare del danno viene rapportato all'intero importo della tangente erogata dalla società OMISSIS ITALIA S.p.A. all'intero sodalizio criminoso di cui faceva parte S. P. (fatture OMISSIS emesse per euro 431.277,00), senza alcun riferimento allo specifico episodio di cui è causa. Pur volendo circoscrivere il danno alla tangente percepita dal solo S. P., la lettura degli atti processuali penali, richiamati nell'atto di citazione, non offre sicuri elementi probatori: le cifre oscillano dai 150,000,00 euro che il C. afferma di aver corrisposto al convenuto (interrogatorio 21 ottobre 2004) ai 61,000,00 denunciati dal S. P.. In ogni caso, le somme vengono sempre riferite alla totalità dei rapporti intercorsi tra il dipendente infedele e il privato corruttore (gare gestite da OMISSIS S.p.A.) e mai con specifico riferimento al singolo contratto per la fornitura di quadri elettrici di media tensione. Pertanto, non è superabile l'eccezione difensiva che colloca la percezione di tangenti da parte del S. P. ad un periodo, l'aprile 2000, di molto precedente l'avvio delle trattative nel contratto in esame, iniziate nell'aprile 2002.

Di conseguenza, la richiesta di condanna, per questa parte, non può essere accolta, pur ritenendo verosimile, il Collegio, che il passaggio di informazioni non sia avvenuto gratuitamente, e che la << remunerazione >> del comportamento illecito in esame, non provata in questa sede, potrebbe aver trovato compensazione nel complesso dei rapporti illeciti intrattenuti dal convenuto con il C., con riferimento alla serie di contratti pubblici di cui riferiscono gli atti del processo penale.

5. Sulla sussistenza del c.d. danno alla concorrenza.

Afferma la Procura attrice che la rivelazione di informazioni sulla procedura di gara, ad esclusivo vantaggio della società OMISSIS ITALIA S.p.A., risultata poi aggiudicataria del contratto in esame, abbia pregiudicato le altre imprese offerenti, ovviamente non destinatarie delle predette notizie, così generando una palese violazione

delle regole della concorrenza.

Al riguardo si rammenta che le procedure di evidenza pubblica sono preordinate non soltanto al rispetto dell'imparzialità dell'amministrazione, secondo i principi di cui all'art. 97 Cost., bensì attuano anche altri valori, come, appunto, la tutela della libera concorrenza tra gli imprenditori privati. Nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, la tutela della legalità amministrativa si salda con le garanzie di derivazione comunitaria intese a favorire la *par condicio* tra le imprese, nel senso che la legalità dell'azione amministrativa agevola la formazione, il consolidamento ed il miglioramento di un mercato concorrenziale (C. conti, Sez. Lombardia, 14 luglio 2006, n. 447).

Il presupposto soggettivo della descritta integrazione tra i principi di legalità dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza tra gli operatori economici trova fondamento nella natura << pubblica >> dell'ente contraente. Nella fattispecie, si ripete che il contratto << condizionato >> dalla condotta infedele del convenuto è disciplinato dalle norme recate dal d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, trattandosi di materia rientrante nei c.d. settori esclusi, a riprova dell'obbligo – gravante sulle imprese pubbliche - di utilizzare in ambito contrattuale procedure di affidamento governate da regole di diritto pubblico.

La violazione delle predette regole, mediante la condotta di rivelazione – asimmetrica – di notizie riservate sulla gara, dà luogo ad una specifica voce di danno, il cd. danno alla concorrenza che, nella prospettazione attorea, è autonomo sia dal c.d. danno da tangente (di cui al punto **4**) e sia dal danno all'immagine (per il quale vi è condanna dello stesso convenuto, anche con riferimento al fatto indagato in questa sede, da parte di questa Sezione, 17 luglio 2007, n. 414).

L'attualità e la concretezza di tale voce di danno si colgono nella ricaduta, sul contratto, della violazione delle regole della concorrenza, determinandone l'illiceità per contrarietà a norme imperative, da individuarsi nelle regole di diritto pubblico che governano le procedure di affidamento, oltreché nelle norme penali violate, come ribadito dall'ultima giurisprudenza della S.C. (Cass., sez. I civile, 5 maggio 2008 n. 11031). Lo stesso giudice di legittimità non disconosce l'approdo della giurisprudenza tradizionale che, in tema di vizi concernenti l'attività negoziale degli enti pubblici – siano essi riferiti al procedimento di formazione della volontà dell'ente, ovvero alla fase preparatoria, ad essa antecedente – ritiene il negozio stipulato annullabile ad iniziativa esclusiva dell'ente pubblico (Cass. 10 aprile 1978, n. 1688; id., 18 marzo 1981, n. 1615; id., 8 luglio 1991, n. 7529; id., 30 settembre 2004, n. 19617). Tuttavia, ad avviso della recente pronuncia della S.C., tale principio non può << estendersi al caso in cui lo svolgimento della gara di appalto abbia integrato gli estremi di reato… perché diversamente ritenendo si consentirebbe che il reato venga portato ad ulteriori conseguenze >>. In buona sostanza, la gara di appalto si riduce << ad un guscio vuoto, a mera apparenza >> per effetto dei comportamenti illeciti (nella specie consistenti nel trasferimento di informazioni riservate sulla gara): di qui la sanzione della nullità (Cass., sez. I civile, 5 maggio 2008 n. 11031).

Al verificarsi di ciò, al privato contraente spetta soltanto l'arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., in luogo del corrispettivo contrattuale mentre, nell'attuale prospettiva del giudizio di responsabilità amministrativo-contabile, il danno (denominato danno alla concorrenza) viene individuato nei pagamenti eccedenti la quota riconducibile all'arricchimento senza causa. La misurazione legislativa di tale << eccedenza >> viene rinvenuta nell'utile di impresa che, ad avviso della Procura regionale, è pari al 10% del valore dell'appalto.

6. Sulla quantificazione del c.d. danno alla concorrenza.

Il criterio di commisurazione del danno accolto dalla Procura attrice, ai sensi dell'art. 1226 c.c. si fonda sull'art. 345 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, ritenendo che detta norma trovi applicazione generalizzata in materia di contratti pubblici (C.d.S., Sez. V, 18 gennaio 2006, n. 126).

Ad avviso del Collegio, detto criterio, pur condivisibile in astratto, non risulta correttamente applicato, alla luce delle disposizioni in materia di contratti pubblici.

Il succitato art. 345 così dispone: << *E' facoltativo all'Amministrazione di risolvere in qualunque tempo il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importatore delle opere non eseguite*. >> La base di calcolo della frazione sopra indicata viene specificata dall'art. 134, co. 2, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, secondo cui << *Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti*. >> Tale modalità di calcolo, risalente all'art. 122 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, sta a significare che i quattro quinti sono l'estensione minima del contratto, ossia la soglia che pone al riparo la stazione appaltante dal rischio dell'inadempimento. Di conseguenza, è a questo limite che occorre far riferimento ai fini del calcolo dell'utile di impresa il quale, pertanto, deve essere ragguagliato ai 4/5 del valore contrattuale (euro 4.575.990,00 x 4/5 = euro 3.660.792).

Il criterio restrittivo accolto dal Collegio appare coerente con l'orientamento del giudice di legittimità in materia di calcolo dell'indennizzo ex art. 2041 c.c. che deve essere contenuto nei limiti della locupletazione dell'arricchito e dell'altrui impoverimento, esclusa la risarcibilità dell'intero pregiudizio secondo i canoni della tutela risarcitoria (Cass., ss.uu. civili, 11 settembre 2008, n. 23385).

Va, inoltre, considerato, che la commisurazione dell'utile di impresa al 10 % è

stata pensata per l'appalto di lavori, tant'è che la giurisprudenza condiziona l'attribuzione di tale elevata percentuale – in sede di determinazione del risarcimento del danno da annullamento dell'aggiudicazione - alla documentazione, da parte dell'impresa, di non aver potuto utilizzare le maestranze e i mezzi lasciati disponibili per l'espletamento di altri servizi ritenendo, nel caso opposto, di ridurre in via equitativa l'entità del risarcimento del danno (Cons. St., sez. V, 27 settembre 2004, n. 6302).

Il Collegio condivide tale impostazione ritenendo che, negli appalti di servizi e forniture, in considerazione del minor rischio di impresa, l'utile di impresa debba essere valutato, in via equitativa, nella percentuale del 5 % (in termini, TAR Campania, Napoli, Sez. I, 2 marzo 2006, n. 2545).

Di conseguenza, il danno alla concorrenza accertato in questa sede è pari ad euro 183.039,60 (5 % di euro 3.660.792).

7. Sul nesso di causalità tra la condotta e l'evento dannoso.

Afferma la difesa del convenuto che la rivelazione di notizie riservate inerenti la gara, anche se concretamente avvenuta, non potrebbe aver arrecato danno, il quale sarebbe riconducibile a fattori diversi da quelli contestati con l'atto di citazione, così adombrando la responsabilità di altri soggetti, dannosamente intervenuti in fase di stipulazione del contratto, nonché durante la sua esecuzione. Tuttavia, occorre precisare che il nocumento patrimoniale al quale fa riferimento il legale del convenuto consiste nella mancata applicazione dello sconto del 7,8 % per le forniture relative ai siti di Mantova e Brindisi, secondo quanto rilevato dalla Guardia di finanza (Nucleo regionale di polizia tributaria, relazione del 5 luglio 2006), che è voce di danno non coincidente con le tipologie effettivamente contestate dalla Procura attrice (danno da tangente e danno alla concorrenza).

Esse, nella visione dell'Organo requirente, sono messe in relazione alla condotta infedele del convenuto in fase di aggiudicazione dell'appalto, mentre la voce di danno considerata dalla difesa del convenuto presuppone l'avvenuta modifica delle condizioni contrattuali *dopo* l'aggiudicazione dell'appalto.

In relazione all'ipotesi di danno effettivamente accertata (il danno alla concorrenza), la presenza del rapporto causale tra il suo verificarsi e la rivelazione di notizie riservate appare incontestabile, trattandosi di nocumento che, cronologicamente, si colloca nella fase di aggiudicazione, fase in cui si realizza, per tautologia, ogni violazione delle regole di evidenza pubblica.

8. Sull'individuazione dell'ente danneggiato.

Il danno alla concorrenza qui accertato è riferito ad una gara pubblica condotta da OMISSIS S.p.A. su mandato di OMISSIS S.p.A. Infatti, il contratto di servizio dell'8 novembre 2000 (denominato contratto di appalto per i servizi di ingegneria) prevede la gestione, da parte di OMISSIS S.p.A., delle procedure d'appalto per la realizzazione delle predette centrali, delle quali OMISSIS S.p.A. resta il contraente finale, firmatario del contratto e titolare dei rapporti da esso nascenti.

Nell'atto di citazione, il diritto al risarcimento del danno azionato dalla Procura regionale è intestato ad una folta platea di soggetti (Ministero dell'economia e delle finanze, OMISSIS S.p.A., OMISSIS S.p.A. e OMISSIS S.p.A.), in relazione ai reciproci rapporti intercorrenti tra le società e l'ente pubblico controllante. Invero, l'intero gruppo societario si configura come un'impresa pubblica, soggetta all'influenza dominante del M.E.F. In particolare, OMISSIS S.p.A. è una società quotata che opera sul mercato avvalendosi di capitali privati e, allo stesso tempo, è ente strumentale al conseguimento di finalità pubbliche, di cui sono espressione i poteri speciali attribuiti dalla legge all'organo pubblico controllante.

L'impresa pubblica è una delle espressioni del c.d. <<partenariato-istituzionalizzato>> nel quale vi è il coinvolgimento di soggetti privati nella realizzazione di un'opera pubblica o nella gestione di un servizio pubblico, mediante la costituzione di un'entità comune detenuta dai privati e da soggetti pubblici (c.d. società miste).

Le << imprese pubbliche >> sono definite dal Codice dei contratti come le imprese sulle quali le pubbliche amministrazioni << possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese >> (art. 3, co. 28, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163). Le imprese pubbliche, in quanto destinatarie delle norme di evidenza pubblica, assumono la qualifica di << enti aggiudicatori >> (art. 3, co. 28, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163).

L'influenza dominante esercitate dal M.E.F. sulle società del gruppo OMISSIS si fonda sui poteri speciali intestati all'azionista pubblico a seguito del processo di privatizzazione degli ex enti pubblici economici (e loro società controllate). Tali poteri, disciplinati dall'art. 2, co. 1, d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 1994, n. 474, e successivamente modificato dall'art. 4, commi 227-231, l. 24 dicembre 2003, n. 350, comprendono il << gradimento >> all'assunzione di partecipazione rilevanti, il << veto >> all'adozione di delibere di scioglimento della società o di trasferimento d'azienda, nonché la nomina di un amministratore e di un sindaco effettivo (su tali aspetti, cfr. Sezione Lombardia, 15 maggio 2008, n. 288).

La natura di ente aggiudicatore, nella specie, si evidenzia nell'attuale procedura contrattuale gestita da OMISSIS S.p.A. per conto di OMISSIS S.p.A., trattandosi di appalto nei c.d. settori esclusi a norma del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158.

Detto ciò, appare evidente che la qualifica di << impresa pubblica >> può essere estesa a tutte le società del gruppo OMISSIS, sicché la giurisdizione della Corte dei conti attrae l'intero gruppo, benché esse siano dotate di personalità giuridica distinta ed autonoma rispetto alla controllante OMISSIS S.p.A.

Tuttavia, ai fini dell'individuazione, in concreto, del soggetto titolare del diritto al risarcimento del danno erariale, il Collegio ritiene rilevante il rapporto di derivazione diretta tra l'attività illecita del S. P. ed OMISSIS S.p.A., che è l'ente destinatario degli effetti del contratto gestito da OMISSIS S.p.A. (società di appartenenza del dipendente infedele). Infatti, è OMISSIS il soggetto che ha patito le conseguenze economiche del danno accertato in questa sede (il danno alla concorrenza, appunto) ed è corretto che l'importo della condanna vada a ristorare il *vulnus* da esso subito.

La difesa del convenuto prospetta che la quota di danno ad esso addebitabile, in caso di condanna, debba tener conto della partecipazione << mediata >> del M.E.F. in OMISSIS S.p.A. (per il tramite di OMISSIS), così da limitare il *quantum* alla quota di risarcimento di pertinenza dell'azionista pubblico.

La predetta tesi, suffragata dalle recenti decisioni di questa Sezione (4 marzo 2008, n. 135; 15 maggio 2008, n. 288), non appare condivisibile anche alla luce della pregressa giurisprudenza contabile (Sezione Lombardia, 17 luglio 2007, n. 414; id., 22 febbraio 2006, n. 114).

Quest'ultima pronuncia è stata confermata in grado di appello dalla Sezione I, 3 dicembre 2008, n. 532/A che, nel rigettare identica censura formulata nel giudizio di impugnazione, afferma quanto segue: << …la configurazione pubblica o privata di una società in mano pubblica non è in funzione dell'ammontare della partecipazione al capitale sociale, ma della natura stessa della società e dell'attività da essa svolta.>> Aggiunge il giudice di appello che << …la partecipazione azionaria pubblica, a prescindere dalla percentuale di proprietà, informa di pubblicità tutta la società, per cui il risarcimento deve essere totale, per il rilievo che assume il carattere unitario della personalità giuridica della società pubblica, che non ammette artificiose suddivisioni sulla base della proprietà delle singole quote, giuridicamente irrilevanti ai fini della titolarità giuridica del credito risarcitorio.>>

Le predette considerazioni sono pienamente accolte da questo Collegio poiché, diversamente opinando, dovrebbe dubitarsi della natura << pubblica >> delle società controllate da una pubblica amministrazione (imprese pubbliche ed organismi di diritto pubblico), natura da ultimo riaffermata da Cass. ss.uu. civili, 7 ottobre 2008 n. 24.722 con riguardo alla soggezione alle regole comunitarie ed alle procedure di evidenza pubblica, oltre ad essere ribadita dalle precedenti osservazioni sulla provvista di giurisdizione da parte del giudice contabile sulle società partecipate (punto **2**), nonché sulla sussistenza del danno alla concorrenza in favore dell'ente contraente (punto **5**).

Pertanto, la richiesta di condanna della Procura attrice è accolta, con condanna del convenuto al pagamento della somma di euro 183.039,60 in favore di OMISSIS S.p.A.

La condanna alle spese segue la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte dei conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Lombardia,

definitivamente pronunciando

condanna

il Sig. L. S. P. al pagamento, in favore di OMISSIS S.p.A., della somma di euro 183.039,60 (diconsi centoottantatremilatrentanove/60), comprensiva di rivalutazione monetaria, oltre interessi legali dalla data della presente sentenza di condanna al soddisfo.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in euro.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 25 settembre 2008.

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE F.F.**

(Dott. Adelisa Corsetti) (Dott. Luisa Motolese)

Depositata in Segreteria il 29 dicembre 2008.

IL DIRIGENTE