Enrico Amante – Procura erariale Umbria

La responsabilità amministrativa negli appalti pubblici e nelle concessioni alla luce del nuovo codice

Cosa è la resp. amm.

- E’ un’ulteriore ipotesi di responsabilità che si assomma alla civile, penale, disciplinare…

Cosa è la resp. amm.

- … propria dei soggetti legati da «rapporto di servizio» con l’”Amministrazione (es, non l’avvocato esterno)

Cosa è la resp. amm.

- In particolare, è la responsabilità di carattere (prevalentemente) risarcitorio:
  - del soggetto legato a rapporto di servizio con la P.A.
  - che, nell'esercizio delle funzioni, con condotte attive o omissive,
  - dolose o **gravemente colpose**,
  - cagiona un **danno all'erario**.

Gli elementi costitutivi della resp. amm.

- Elemento soggettivo
  - dolo (anche eventuale) o colpa grave
  - (ma, dal 7/2020 al 6/2023, v. art. 21 d.l. 76/2020)
- Elemento oggettivo
  - condotta attiva o omissiva antigiuridica
  - danno economicamente apprezzabile
  - nesso di causalità (il «più probabile che non»)

Le caratteristiche della resp. amm.

- È devoluta alla cognizione della Corte dei conti, per iniziativa del PM contabile (ma può concorrere con l'azione civile dell'Amministrazione);
- di regola è intrasmissibile agli eredi (salvo doloso arricchimento);
- è limitata alla colpa grave come soglia minima di colpevolezza (salvo il c.d. scudo erariale);
- l'azione si prescrive in 5 anni dalla verificazione del danno;
- è soggetta ad un potere riduttivo del giudice.

Nella materia degli appalti

- Emerge con riferimento al mancato ricorso alle procedure comparative (c.d**. danno da mancata concorrenza**) in caso di affidamenti diretti:
  - nelle ipotesi non consentite (soglie comunitarie, tenuto conto del divieto di *salami slicing*: vedi art. 14);
  - nelle ipotesi di proroghe e rinnovi illeciti (non rileva il contenzioso pendente: v. art. 17, comma 10);
- E' pari alla differenza tra i costi in concreto sostenuti per il servizio o l'opera e i minori prezzi in ipotesi ottenibili con il ricorso al mercato

La prova del danno da concorrenza

Occorre valutare i costi:

- dello stesso (o comparabile) servizio;
- nella stessa (o comparabile) area geografica
- nello stesso (o analogo) arco temporale.

Se minori rispetto ai costi in concreto sostenuti dall'Amministrazione, si ha danno da concorrenza, pari alla differenza tra le due voci.

Il danno da concorrenza

Non caratterizza solo gli appalti di lavori o servizi, ma tutti gli ambiti di operatività del principio di concorrenza (es. le concessioni di beni demaniali).

Per il principio di concorrenza, **ogni qualvolta l'Amministrazione offre vantaggi o occasioni di guadagno o utilità a soggetti privati deve selezionare secondo criteri predeterminati, mediante procedura comparative, il beneficiario (art. 12 legge 241/1990)**

Il principio di concorrenza informa l'intero ordinamento economico europeo: ogni operatore economico deve essere messo in condizione di accedere alle occasioni di guadagno

Il danno da concorrenza

Le ipotesi più frequenti:

- omessa gara;
- gara «solo apparente»
- illegittime proroghe del rapporto

Il **danno indiretto** per illegittime esclusioni *et similia*

Si verifica ogni qual volta sussista un esborso in conseguenza di condanna della P.A. al risarcimento (v. art. 5 in tema di annullamento dell'aggiudicazione)

Il danno erariale è pari al ristoro riconosciuto che, se conseguente a condotte gravemente colpose o dolose di intranei, fonda l'azione erariale nei confronti del responsabile.

La cognizione della Corte dei conti è retta dal **principio di autonomia** (le decisioni delle altre giurisdizioni non «fanno stato»)

Il **danno indiretto** per illegittime esclusioni *et similia*

N.B. **Obbligo di denunzia** (art. 52 d.lgs. 174/2016Art. 1, comma 3, legge 20/1994);

i responsabili delle strutture burocratiche di vertice delle amministrazioni, comunque denominate, ovvero i dirigenti o responsabili di servizi … che nell'esercizio delle loro funzioni vengono a conoscenza, direttamente o a seguito di segnalazione di soggetti dipendenti, di fatti che possono dare luogo a responsabilità erariali, devono presentarne tempestiva denuncia alla procura della Corte dei conti territorialmente competente. Le generalità del pubblico dipendente denunziante sono tenute riservate…

Qualora la prescrizione del diritto al risarcimento sia maturata a causa di omissione o ritardo della denuncia del fatto, rispondono del danno erariale i soggetti che hanno omesso o ritardato la denuncia. In tali casi, l'azione è proponibile entro cinque anni dalla data in cui la prescrizione è maturata.

Il danno **nell'esecuzione** del rapporto

Nelle fase «gestionale» del rapporto **(R.U.P. e D.L./D.E.C.):**

- **omessa applicazione di penali** convenzionalmente dovute;
- ritardi nell'esecuzione dell'opera o mancata risoluzione di problematiche emerse in corso d'opera;
- in generale, **omesso controllo sulla corretta esecuzione del contratto da parte del privato**;

I «principi» del nuovo codice

Art. 2, co. 3. … *ai fini della responsabilità amministrativa costituisce* ***colpa grave*** *la violazione di norme di diritto e degli autovincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa,*

- *in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze*
- *e in relazione al caso concreto.*

I «principi» del nuovo codice

Art. 2, co. 3. ***Non costituisce colpa grave*** *la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali* ***prevalenti*** *o a* ***pareri*** *delle autorità competenti.*

I «principi» del nuovo codice

E’ una norma importante, perché **per la prima volta si definisce a livello di fonte primaria la nozione di colpa grave** ai fini della responsabilità amministrativa…

I «principi» del nuovo codice

… ma che **in realtà poco innova** rispetto ad un orientamento trentennale della giurisprudenza contabile secondo cui la colpa grave:

- *è la manifesta violazione di regole di prudenza, perizia, diligenza, tale da palesare un marchiano disinteresse per la funzione…;*
- *da valutarsi* ex ante *alla luce della concreta posizione e preparazione dell'agente;*
- *esclusa quando la condotta è comunque conforme a orientamenti giurisprudenziali prevalenti (anzi, in presenza stessa di un contrasto), o persino ossequiosa di pregressi pronunciamenti della Corte dei conti in sede di controllo…*

I «principi» del nuovo codice

In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo (art. 1/1 legge 20/1994).

… nonché in caso di condotta conforme a pareri resi dalla Corte dei conti ai sensi dell’art. 7 legge 131 del 2003.

I «principi» del nuovo codice

Art. 215 e ss in tema di Collegio consultivo tecnico, talora facoltativo, in alcuni casi obbligatorio, finalizzato a «prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse o delle dispute tecniche di ogni natura che possano insorgere nell'esecuzione dei contratti»

I «principi» del nuovo codice

Art. 215/3: **L'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale** e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. **L'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa.**

I «principi» del nuovo codice

Ben più rilevante nell'ottica erariale è il «**principio» del risultato**, che si rivela, insieme:

- corretto;
- interessante nelle implicazioni;
- potenzialmente «pericoloso» per i funzionari preposti alla programmazione ed esecuzione del rapporto

I «principi» del nuovo codice

Art. 3/3. Il **principio del risultato** costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità …

4. **Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per:**

a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti…b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva».

I «principi» del nuovo codice

La valutazione della «responsabilità del personale che svolge funzioni nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti…» implica **la rilevanza, anche in materia erariale:**

- **della corretta gestione del progetto o servizio affidato;**
- **dell rispetto dei tempi previsti;**
- **in sintesi, del mancato raggiungimenti del risultato programmato.**

I «principi» del nuovo codice

Sotto questo profilo, **il principio del risultato può influire sulla condotta pretesa dall'agente**, e pertanto, sulla valutazione in ordine alla gravità dell'eventuale colpa.

Con il nuovo Codice, pertanto, la posizione del progettista, RUP, D.L. e la relativa responsabilità amministrativa sono traguardate nel prisma del risultato.

I «principi» del nuovo codice

Il principio del risutato influenza anche la materia degli **incentivi per funzioni tecniche**, disciplinata dall'art. 45 del D. Lgs. 31 marzo 2023 n. 36, rinviando all'allegato I.10 per l'elenco tassativo delle «attività tecniche» incentivabili.

Come noto, la finalità della norma è quella di stimolare, attraverso la corretta erogazione degli incentivi, l'incremento delle professionalità interne all'amministrazione ed il risparmio di spesa per mancato ricorso a professionisti esterni.

È previsto che i criteri di riparto dell'incentivo, nonché di sue eventuali riduzioni nel caso di ingiustificati incrementi di tempi o costi rispetto a quanto previsto, siano stabiliti dalle stazioni appaltanti secondo i rispettivi ordinamenti – e quindi per gli enti locali con apposito Regolamento – entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore dello stesso Codice (1° aprile 2023)

I «principi» del nuovo codice

La definizione delle disposizioni regolamentari deve tener conto, oltre a quanto stabilito, anche dettagliatamente, dal citato art. 45, del "principio del risultato" di cui all'art. 1 del Codice.

Pertanto, l'incentivo viene corrisposto subordinatamente all'accertamento e attestazione dell'effettivo svolgimento delle specifiche funzioni/attività tecniche svolte dal dipendente, **applicando eventuali riduzioni nel caso di ingiustificati ritardi od aumento dei costi rispetto al previsto.**

I «principi» del nuovo codice

Il dirigente/responsabile competente, in relazione all'organizzazione dell'ente, individua con apposito provvedimento la struttura tecnico amministrativa o "gruppo di lavoro" destinatario dell'incentivo riferito alla singola procedura di affidamento, identificando il ruolo di ciascuno dei dipendenti assegnati, anche con riguardo alle attività dei collaboratori.

Come chiarito anche da una **recente nota ANCI sul tema**, **attraverso gli incentivi, quale declinazione del principio di risultato, ciascun dipendente così indicato assume la responsabilità diretta e personale dei procedimenti/sub procedimenti e delle attività assegnate.**

Scarsa rilevanza del contenzioso

- La Corte dei conti in numeri:
- nel **2020** le citazioni in giudizio di tutte le Procure erariali in materia di pubblici appalti sono state **51** rispetto alle 176.916 procedure di gara censite nello stesso anno dall'ANAC
- nel **2022** le citazioni sono state appena **31**, a fronte di 27.000 nuovi fascicoli istruttori aperti dalle Procure (poco più di una ogni mille denunce).