ILCASO.it

Civile Ord. Sez. 1 Num. 17295 Anno 2026
Presidente: MERCOLINO GUIDO
Relatore: SCALIA LAURA
Data pubblicazione: 01/06/2026

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 17787/2021 R.G. proposto da:

Unione Nazionale Comuni, Comunità, Enti Montani-UNCEM, rappresentata e difesa giusta procura speciale in atti dall'Avvocato Angelo Clarizia, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Via Principessa Clotilde, 2 e con domicilio digitale ex lege

-ricorrente-

contro

Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (già Ministero della Transizione Ecologica), in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso i cui uffici domicilia in Roma, Via dei Portoghesi, 12 e con domicilio digitale ex lege

-controricorrente-

avverso la sentenza della Corte d'Appello di Roma n. 2805/2021 depositata il 19/04/2021.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 27/02/2026 dal Consigliere Laura Scalia.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

FATTI DI CAUSA

1.– Con la sentenza in epigrafe indicata, la Corte d'Appello di Roma, nel rigettare l'impugnazione proposta da Unione Nazionale Comuni, Comunità, Enti Montani-UNCEM (per brevità solo UNCEM), ha confermato la sentenza di primo grado con cui il Tribunale di Roma aveva, a sua volta, disatteso la domanda da UNCEM proposta di accertamento del diritto all'ammissibilità al rimborso comunitario delle spese relative a cinque affidamenti realizzati secondo la procedura del cottimo fiduciario.

2.– L'indicato strumento negoziale era stato utilizzato all'interno dell'intervento "Green Communities delle Regioni Obiettivo Convergenza" – proposto da UNCEM e approvato con decreto direttoriale n. 325 del 5 aprile 2011 del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare – a valere sull'Asse II "Efficienza energetica ed ottimizzazione del sistema energetico" del Programma Operativo Interregionale "Energie rinnovabili e risparmio energetico 2007-2013", linea di Attività 2.2. "Interventi di efficientamento energetico degli edifici e utenze energetiche pubbliche o ad uso pubblico", approvato dalla Commissione europea.

3.– Il Tribunale con sentenza in data 8 novembre 2017 aveva respinto la domanda di restituzione della somma di euro 468.200,53, che era stata richiesta indietro per decreto dell'allora Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (Direzione generale per il clima e l'energia), all'esito della rideterminazione, giusta rendicontazione e controlli, del complessivo importo dell'intervento.

Non era stato fornito alcun documento giustificativo della sussistenza dei requisiti per procedere all'affidamento a cottimo, ai sensi dell'art. 125 d.lgs. n. 163 del 2006, con particolare riferimento alla realizzazione della indagine condotta per l'individuazione degli operatori economici da invitare.

Il mancato rispetto della normativa sulla scelta del contraente avrebbe determinato, ai sensi dell'art. 16 Reg. CE n. 1828/2006, la non ammissibilità della relativa spesa.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

4.– La Corte d'Appello ha confermato il punto centrale della controversia sulla non ammissibilità della spesa nel cottimo fiduciario per la scelta del contraente che, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento, rimasti inosservati, sarebbe dovuta intervenire previa consultazione di almeno cinque operatori economici, nella sussistenza, in tale numero, di soggetti idonei, "individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante".

UNCEM non aveva dato contezza dello svolgimento di alcuna indagine prodromica all'invio della lettera di invito ai cinque operatori, il cui criterio di selezione era rimasto del tutto "oscuro", procedendo, piuttosto, per una indagine informale priva di riscontro, effettuata attingendo a notizie e informazioni in possesso di proprie strutture, la rete internet e l'esperienza diretta, per dati poi verificati attraverso ulteriori esperienze istituzionali, attuate a mezzo di coloro che avevano lavorato per i Ministeri e altre istituzioni nel settore di riferimento.

5.– Avverso l'indicata sentenza ricorre UNCEM con un unico motivo.

Il Ministero della Transizione Ecologica, poi Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, resiste con controricorso.

Il ricorso è stato avviato alla trattazione camerale.

Il ricorrente ha depositato memoria illustrativa ex art. 380-bis.1. c.p.c.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.– Con unico motivo di ricorso, UNCEM deduce, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c., la violazione e falsa applicazione dell'art. 16 Regolamento CE n. 1828/2006 e dell'art. 125 d.lgs. n. 163/2006, per avere l'impugnata sentenza erroneamente individuato la disposizione violata, nell'art. 16 Reg. cit., riportando quelli che erano invece, i contenuti dell'art.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

125, comma 11, dell'abrogato Codice dei contratti pubblici ex d.lgs. n. 163 del 2006, *ratione temporis* applicabile.

La ricorrente deduce, comunque, per l'indicata effettiva norma, l'assenza della obbligatorietà dell'indagine di mercato finalizzata alla selezione del contraente privato, invece ritenuta nell'impugnata sentenza, e tanto nella natura anche informale della prima, come prevista dalla disposizione per l'individuazione del contraente.

In siffatta cornice di non obbligatorietà, vi sarebbe stato, in ogni caso, da parte della stazione appaltante il rispetto dei principi di trasparenza, "par condicio", rotazione, proporzionalità, e non discriminatorietà, che, di ispirazione europea, sono richiesti dall'indicata disposizione.

2.– Il motivo è infondato.

2.1.– Il cottimo fiduciario è una procedura negoziata in cui si realizzano acquisizioni di beni, servizi o lavori mediante affidamento a terzi (art. 125, comma 1 e 4, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rubricato "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE").

Con l'ulteriore precisazione che per "procedura negoziata" deve intendersi quella "in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto" (art. 3, comma 40, d.lgs. cit.).

L'acquisizione in economia di beni e servizi è ammessa in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze.

Il ricorso all'acquisizione in economia è altresì consentito nelle seguenti ipotesi: a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto; b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, ivi

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

non previste, se non sia possibile imporne l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo; c) prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria; d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale (art. 125 comma 10).

In caso di servizi o forniture di importo pari o superiore a quarantamila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento (art. 125 comma 11).

2.2.– Come ricordato da consolidato indirizzo di questa Corte, il cottimo fiduciario altro non è che una forma particolare di appalto, concluso a trattativa privata, ammissibile per legge solo nelle ipotesi tassativamente previste dall'ordinamento e in presenza di presupposti di volta in volta richiesti e caratterizzato dal fatto che l'appaltatore è prescelto da un funzionario responsabile mediante una valutazione ampiamente discrezionale e dalla non soggezione alle regole della contabilità dello Stato, limitatamente alla deliberazione a contrarre, all'intervento del soggetto capace di rappresentare la P.A., nonché all'affidamento dei lavori.

Esso rappresenta una deroga, in casi ristretti e limitati, ai sistemi ad evidenza pubblica di scelta del contraente, che costituiscono il principio generale applicabile nella materia dei contratti pubblici, che tuttavia, pure con le dette note specializzanti, anche questo tipo di contratto esige il rispetto

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

della forma scritta, come questa Corte ha più volte affermato (Cass., Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 8290 del 30/03/2017; Cass. 1053/2015).

2.3.– Come ancora chiarito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, il cottimo fiduciario, definito dall'art. 125 cit., non è una vera e propria gara, ma una trattativa privata espressiva di una scelta ampiamente discrezionale dell'Amministrazione.

Essa si esercita nel momento della individuazione delle cinque ditte da consultare, e, successivamente, tra i cinque operatori di mercato individuati al cui interno cade la scelta del contraente, in forza di una discrezionalità temperata dall'applicazione dei principi di "trasparenza" (che implica il dovere di una previa formulazione e comunicazione dei criteri della scelta), e "rotazione" (al fine di evitare che il carattere discrezionale della preferenza esercitata si traduca in uno strumento di favoritismo) (Cons. Stato, Sez. V, sentenza 31 agosto 2017, n. 4142; Id., n. 4661/2014) e "parità di trattamento", intesi come principi generali, senza richiamo alle più stringenti regole proprie dell'evidenza pubblica (Cons. Stato n. 3054/2017).

La *ratio* dell'istituto del cottimo fiduciario è infatti quella di evitare il consolidarsi di "posizioni di rendita non concorrenziale a favore di singole imprese, scelte dalle stazioni appaltanti al di fuori delle ordinarie regole dell'evidenza pubblica", con conseguente esclusione, a priori, degli operatori economici destinatari di affidamento diretto (Cons. Stato n. 4014/2023).

2.4.– Nell'indicata articolata operazione, in cui si distinguono due momenti di esercizio della scelta – l'uno interno all'altro e tra loro in successione temporale – centrale è quello iniziale, in cui, a fronte di una più ampia e non meglio definita moltitudine di operatori, l'opzione dell'Amministrazione converge verso il ristretto margine delle cinque unità di mercato, al fine di individuare il "contraente" tra le ditte consultate.

I criteri della trasparenza e della "par condicio" acquistano in questa fase il maggiore peso, nel celato rischio che alla loro inosservanza si accompagnino effetti distorsivi del mercato, per incapacità della preliminare con-

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

sultazione, destinata a orientare la scelta, di intercettare i competitori dotati dei necessari requisiti di qualificazione e interesse, al fine di raggiungere il risultato di una effettiva concorrenza, secondo l'approccio funzionale di stampo comunitario.

In siffatto contesto, poi, principi di proporzionalità e ragionevolezza presiedono a un bilanciato contemperamento degli interessi in gioco tra obiettivi definiti e quanto strettamente necessario per raggiungerli (Corte di Giustizia UE 30 gennaio 2020, in causa C-395/18, Tim S.p.a.; 10 settembre 2009, C-76/08 Commissione c/Repubblica di Malta) e guidano l'agire stesso della Pubblica Amministrazione, ai sensi dell'art. 97 della Costituzione.

Se pure nel cottimo fiduciario, per il regime definito dal d.lgs. n. 163 del 2006, *ratione temporis* applicabile (poi confluito nell'affidamento diretto e nella procedura negoziata senza pubblicazione: artt. 50 e 76 d.lgs. n. 36 del 2023), il richiamo è a una categoria contrattuale esclusa dalla diretta applicazione delle direttive comunitarie – con previsione di un obbligo di gara meno formale, quindi, e con un diverso e più "leggero" bilanciamento con i trattati eurounitari, nel minore impatto concorrenziale dell'attività –, ciò non toglie che dell' "indagine di mercato" preposta alla scelta dei cinque operatori da invitare, la stazione appaltante non debba dare conto, documentandola.

2.5.– La mancata definizione tecnico-giuridica di una nozione vincolante dell'indagine di mercato, di cui alla Determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, ora ANAC, n. 2 del 6 aprile 2011 (par. 2.5), non vale ad escludere rispetto alla stessa, quale metodo di scelta del contraente in una procedura che è sì negoziata, ma pure e sempre di rilievo pubblico, il divieto di modalità che siano "chiuse" rispetto al mercato della concorrenza.

Dove l'indicata categoria, secondo il prevalente indirizzo della giurisprudenza amministrativa, nell'accezione funzionale riconosciutale, vale solo a conoscere l'assetto del mercato, l'esistenza di potenziali contraenti e

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

la tipologia di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare (Cons. Stato, n. 4014 del 2023).

La stazione appaltante deve infatti e in ogni caso esplicitare, nella determina a contrarre, i criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare, perché per il principio di trasparenza si forniscano, a chi vi abbia interesse e ne faccia richiesta, informazioni sulla procedura che consentano la presentazione di eventuali richieste di invito alla gara informale.

2.5.1.– In questa cornice, la documentazione di un'attività prodromica alla gara, seppure segnata da ampia discrezionalità della stazione appaltante, non può essere omessa.

Alla documentazione consegue infatti la possibilità di verificare, a posteriori, le ragioni della composizione della "rosa" dei cinque invitati, su cui cadrà la scelta del contraente, per uno stretto bilanciamento tra tutela della concorrenza ed effettività della preferenza, in applicazione anche del criterio del minore sacrificio sul versante della forma rispetto al maggiore risultato conseguibile.

2.6.– La mera allegazione, generica, su cui convergono, nel giudizio, il Tribunale e la Corte d'Appello di Roma, di una indagine "informale", effettuata da UNCEM attraverso notizie e informazioni in possesso di proprie strutture, consultazione del web, esperienza diretta maturata a livello nazionale, riscontrata da esperienze di soggetti che avevano lavorato con istituzioni e Ministeri, è espressiva di un metodo che, nel carattere non puntuale e non riscontrabile, non riesce a dare conto dei requisiti della scelta degli operatori attraverso l' "indagine di mercato", di cui all'art. 125, comma 11, d.lgs. n. 163 del 2006.

La mancata verificabilità, in difetto di relativa documentazione, di un siffatto "modus procedendi" non consente infatti di vagliare delle attività dedotte la funzionalità alla scelta, per un momento destinato a dare conto, seppure in un contesto deformalizzato e contrassegnato da ampia discre-

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

zionalità della stazione appaltante nel carattere fiduciario della preferenza, del rispetto dei principi di trasparenza e rotazione, diretti, anche se con un basso peso specifico, a preservare la connotazione concorrenziale dell'opzione espressa.

Ferma la flessibilità di forma del modulo per l'individuazione del contraente ex art. 125, comma 11, d.lgs. n. 163 del 2006, che non può dirsi qui come tale in contestazione, quanto rileva nella fattispecie in esame è, piuttosto, il suo comprovato svolgimento così come in concreto realizzato, per una scrutinabilità "a posteriori" diretta a intercettare, nelle specifiche modalità osservate dalla stazione appaltante, il rispetto dei principi fondanti, di derivazione eurounitaria, di trasparenza, concorrenza e rotazione, in una ipotesi in cui gioca il proprio ruolo anche il numero, assai ristretto, dei partecipanti alla gara.

3.– La libertà di forme che ha caratterizzato la fase della ricerca di mercato di UNCEM volta a individuare gli operatori economici in possesso dei necessari requisiti di qualificazione per la negoziazione in economia, nella mancata sua documentazione, diretta a consentire di verificare se le modalità osservate siano valse o meno a preservare una apertura al mercato concorrenziale, o abbiano diversamente operato nel senso di una sua distorsione, si frappone all'accoglimento del ricorso che, sull'indicata premessa, costruisce il diritto al contributo, negato dall'Amministrazione.

4.– Il ricorso è in via conclusiva infondato.

5.– Le spese seguono la soccombenza nella misura liquidata in dispositivo.

Va dato atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, d.P.R. 30 maggio 2002, n.115, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello, ove dovuto, per il ricorso, a

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

norma del comma 1 bis dello stesso art.13 (Cass. S.U. n. 23535 del 20/9/2019).

P.Q.M.

Rigetta il ricorso;

condanna la ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in favore del controricorrente in euro 6.000,00, oltre alle spese prenotate a debito.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 27/02/2026.

Il Presidente

Guido Mercolino

Corte di Cassazione - copia non ufficiale