



Rivista di diritto amministrativo

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento

Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 7-8/2013

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

eurilink

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaelo, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato di redazione

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Massimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

La responsabilità oggettiva della P.A. in materia di appalti pubblici

di Massimiliano Santoro*

Sommario

1. Premessa. – 2. La ricostruzione della colpa nella elaborazione giurisprudenziale tradizionale. – 3. La responsabilità della P.A. in materia di appalti secondo la ‘cultura europea’. – 4. La influenza della concezione europea sulla giurisprudenza italiana. – 5. Brevi osservazioni conclusive.

1. Premessa

Oggetto del presente contributo è la responsabilità della P.A. in materia di appalti pubblici la quale, per effetto della più recente normativa europea e della giurisprudenza comunitaria e nazionale¹, sembra configurarsi come responsabilità oggettiva, svincolata dal carattere colpevole della violazione.

È ben noto che nel corso del tempo la responsabilità della P.A. è stata ricostruita secondo gli alternativi paradigmi della responsabilità extracontrattuale, di quella contrattuale per inadempimento di obblighi nascenti da ‘contatto sociale qualificato’ e di quella precontrattuale.

Non sono mancati, peraltro, ulteriori tentativi di ricostruzione volti a configurare la responsabilità *de qua* come avente caratteri *sui generis*, essa ritenendosi destinata a partecipare, di volta in volta, delle peculiarità proprie dell’una e/o dell’altra forma di responsabilità².

È in ragione di tali considerazioni che l’indagine fissa il suo obiettivo sull’analisi della giurisprudenza successiva a Cass., SS.UU., 500/1999, la quale partendo dall’assunto dalla natura aquiliana e non contrattuale, ha riconosciuto un fondamento non oggettivo alla responsabilità della P.A.

Le Sezioni Unite e la giurisprudenza italiana, a partire da tale pronuncia, hanno ricostruito la responsabilità come colposa, presupponendo la colpa dell’apparato, ed affermando che essa sussista nel caso di violazione delle regole di imparzialità e di buona amministrazione.

Questo orientamento giurisprudenziale entra in crisi, però, con l’avvento della giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea, la quale afferma che il risarcimento del danno patito dal privato può essere accordato prescindendo da un qualsivoglia accertamento in ordine al ricorrere della colpa in capo alla P.A., almeno nel particolare caso in cui questa abbia violato norme in tema di appalti pubblici.

Allo scopo di verificare se, ed in quali limiti, la responsabilità per illegittimo esercizio della funzione amministrativa in materia di appalti pubblici possa prescindere dall’accertamento della colpa in capo alla P.A., appare opportuno preliminarmente svolgere qualche considerazione

* Il lavoro è stato sottoposto alla valutazione da parte di due referee anonimi.

¹ L’indagine è stata effettuata principalmente interrogando la banca dati *online* DeJure, ed. Giuffrè.

² Cfr. ad es. Cons. St., Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4461; Cons. St., Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239.

sulla responsabilità extracontrattuale per poi esaminare come l'ordinamento giuridico europeo abbia influito sulla giurisprudenza italiana.

L'analisi avrà ad oggetto in via prevalente le pronunce del Consiglio di Stato per rilevare come si siano conformate all'indirizzo dettato dalla CGCE.

All'esito dello studio ci si chiederà se la responsabilità oggettiva possa estendersi anche agli altri ambiti di azione della P.A., ovvero valga solo limitatamente ai danni di cui si chieda il ristoro nel settore degli appalti pubblici.

2. La ricostruzione della colpa nella elaborazione giurisprudenziale tradizionale

Come è noto la impostazione giurisprudenziale tradizionale formatasi con la sentenza della Corte di Cassazione, SS.UU., 500/1999, definisce la natura della responsabilità della P.A. come responsabilità extracontrattuale, individuandone elementi costitutivi di tipo sia oggettivo che soggettivo.

Si riconosce, pertanto, alla responsabilità della P.A. un fondamento non oggettivo, per cui affinché questa possa rispondere dei danni cagionati con l'esercizio del potere la colpa va intesa, non come del dipendente che adotta l'atto causativo del danno di cui si chieda il ristoro, ma dell'apparato³, affermandosi che essa sussiste nel

³ In particolare la sent. del 22 luglio 1999 n. 500, a chiare lettere, ha affermato che «la colpa costituisce infatti componente essenziale della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.; e non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe *in re ipsa* nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo, poiché tale principio, enunciato dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte con riferimento all'ipotesi di attività illecita, per lesione di un diritto soggettivo, secondo la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c. (sent. n. 884/61; n. 814/67; n. 16/78; n. 5361/84; n. 3293/94; n. 6542/95), non è conciliabile con la più ampia lettura della suindicata disposizione, svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo; l'imputazione non potrà quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa,

caso della violazione delle regole di imparzialità e di buona amministrazione.

In altre parole, la giurisprudenza ricostruisce la nozione di colpa della P.A. in termini autonomi rispetto alla illegittimità dell'atto amministrativo, collegandola alle disfunzioni di carattere organizzativo delle strutture amministrative.

La descrizione degli elementi essenziali della colpa, rinvenibile nel passaggio della motivazione di tale famoso arresto giurisprudenziale, si rivela, tuttavia, insufficiente ed inadatta a fornire una catalogazione concettuale della colpa⁴.

La presa di posizione delle Sezioni Unite, infatti, è stata molto criticata soprattutto laddove si sostiene che la colpa debba consistere nella violazione delle regole di imparzialità e di buona amministrazione⁵.

Si osserva che, in realtà, la violazione di tali regole costituisce *l'ubi consistam* della illegittimità dell'atto amministrativo, sicché affermare che la colpa si rinviene nella violazione della regola di imparzialità e di buona amministrazione reca con sé il rischio di una sovrapposizione tra la illegit-

va, ma il giudice ordinario dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato (in tal senso, v. sent. n. 5883/91) che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità».

⁴ Così E. SCOTTI, *Appunti per una responsabilità dell'amministrazione tra realtà ed uguaglianza*, in *Dir. amm.*, n. 3/2009.

⁵ In questo senso, F. TRIMARCHI BANFI, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimentale*, in *Dir. amm.*, n. 1/2008. In giurisprudenza Cfr. Cons. St., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981; Cons. St., Sez. IV, 15 febbraio 2005 n. 478; Cons. Stato, V, 10 gennaio 2005 n. 32; Cons. St., Sez. IV, 10 agosto 2004 n. 5500; Cons. St., Sez. IV, 6 luglio 2004 n. 5012.

timità dell'atto causativo del danno e la modalità del suo riscontro⁶.

In questo modo vi sarebbe colpa ogniqualvolta vi sia illegittimità dell'atto, e così non dovrebbe essere in un sistema che assuma la natura non oggettiva, ma al contrario colposa della fattispecie di responsabilità.

La giurisprudenza amministrativa si è impegnata nel verificare, in primo luogo, in che cosa consista la colpa della P.A. quale elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità⁷; in secondo luogo, nel processo risarcitorio, come debba essere ripartito l'onus probandi tra danneggiato (creditore ricorrente) e danneggiante (amministrazione debitrice resistente).

Le posizioni interpretative sono state diverse. In relazione al concetto di colpa, per esempio, si è detto, in un primo momento, che essa sussistesse solo in presenza di una violazione grave e manifesta del quadro normativo nazionale⁸. Posizione superata perché criticata da chi ha evidenziato che questo orientamento reca con sé una limitazione della responsabilità dell'amministrazione, circoscritta ai casi di violazioni gravi e manifeste, in assenza di un fondamento normativo che consenta questo ridimensionamento delle ipotesi di responsabilità⁹.

Questa critica dottrinale ha indotto il Consiglio di Stato a rivedere la propria posizione¹⁰, affermando che la colpa della P.A. non consiste nella illegittimità del provvedimento amministrativo, quest'ultima essendo un indice presuntivo sem-

plice, ex art. 2729 c.c.; il che vuol dire, sotto il profilo processuale, che il privato, allegando e provando la illegittimità del provvedimento fornisce una presunzione della colpa della P.A., tanto più grave, precisa e concordante, quanto evidente e grave è la illegittimità del provvedimento amministrativo.

In questa prospettiva, secondo la quale la illegittimità dell'atto costituisce presunzione della colpa della P.A., l'onere di prova del privato si risolve nella dimostrazione della detta illegittimità. Sicché è la P.A. a dover provare la insussistenza della colpa per andare esente da responsabilità. Si inverte, dunque, l'onere della prova.

Ferma la natura colposa della responsabilità della P.A., quindi, si assicura, nel processo amministrativo risarcitorio, una semplificazione dell'onere probatorio posto a carico del ricorrente danneggiato, introducendo il meccanismo delle presunzioni disciplinato dal codice civile.

A ben notare, a tale conclusione si è giunti all'esito dell'indirizzo giurisprudenziale dettato dalla CGCE che, con la pronuncia 14 ottobre 2004 resa in causa 275/03, riconosce una semplificazione dell'onere probatorio a carico del privato danneggiato¹¹.

In questa pronuncia la CGCE si era occupata del tema della colpa nel definire una questione pregiudiziale riguardante la compatibilità con la direttiva 89/665/CE del sistema normativo portoghese, nella parte in cui quel sistema imponeva al privato danneggiato nel processo risarcitorio di provare la colpa dell'amministrazione.

La Corte fu chiamata a definire la questione della compatibilità con la disciplina europea, di una disciplina nazionale (quella portoghese) nella parte in cui, ferma la necessità della colpa, poneva a carico del danneggiato l'onere di provarla. Venne dichiarata l'incompatibilità comunitaria di quel sistema di riparto dell'onus probandi, nella

⁶ Si v. Cons. St., Sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169.

⁷ Si v. Cons. St., Sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204.

⁸ Si v. Cons. St., Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012; Cons. St., Sez. V, 19 marzo 2007, n. 1307.

⁹ In questo senso G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2009. A titolo esemplificativo Cfr. Cons. St., Sez. V, 20 ottobre 2008 n. 5124; Cons. St., Sez. IV, 20 gennaio 2008 n. 256; Cons. St., Sez. V, 27 febbraio 2007 n. 995; Cons. St., Sez. VI, 14 marzo 2005 n. 1047; Cons. St., Sez. IV, 6 luglio 2004 n. 5012; Cons. St., Sez. IV, 14 giugno 2001 n. 3169.

¹⁰ Si v. Cons. St., Sez. IV, 10 luglio 2012, n. 4089.

¹¹ Così CGCE, 14 ottobre 2004, C-275/03.

parte in cui gravava il ricorrente dell'onere probatorio riguardante l'elemento soggettivo¹².

Dopo il 2004, la giurisprudenza amministrativa italiana ha ritenuto di adeguarsi a quella sentenza resa dalla CGCE con riferimento al caso portoghese, ritenendo che tale sentenza si fosse occupata, non della questione relativa alla necessità della colpa, quale elemento costitutivo della responsabilità, ma soltanto del criterio di riparto dell'*onus probandi*, pretendendo dai sistemi nazionali una qualche forma di semplificazione dell'onere probatorio posto a carico del danneggiato.

È questa la ragione per la quale, a partire dal 2004, la giurisprudenza amministrativa italiana, proprio per non andare incontro ai rilievi che la CGCE aveva formulato con riferimento al sistema processuale portoghese, ha applicato i meccanismi di semplificazione dell'*onus probandi* del danneggiato, ricorrendo al meccanismo delle presunzioni.

Ha sostenuto, cioè, che l'*onus probandi* grava sì sul ricorrente-danneggiato, ma è un particolare *onus probandi*, perché è sufficiente che egli dimostri la illegittimità dell'atto affinché scatti la presunzione di colpa.

All'esito della pronuncia della CGCE, in definitiva, la costante giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che la colpa sia elemento costitutivo fondamentale della fattispecie di responsabilità e che l'onere di provare la stessa spetti al privato ricorrente danneggiato, che però vede semplificato tale meccanismo per effetto della operatività, nel processo risarcitorio, del meccanismo delle presunzioni semplici, destinate ad operare ogni qualvolta viene provata nel processo amministrativo la illegittimità dell'atto, assunta quale causa del danno del quale si chiede ristoro: sono numerosissime le sentenze del Consiglio di Stato che hanno concluso in questi termini¹³.

¹² Cfr. CGCE, 10 gennaio 2008, C-70/06.

¹³ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 12 febbraio 2005, Cons. St., Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4242; n. 478; Cons. St., Sez. V, 13 aprile

3. La responsabilità della P.A. in materia di appalti secondo la 'cultura europea'

L'orientamento giurisprudenziale in parola, però, entra in crisi per effetto della normativa e della giurisprudenza della CGCE.

Nelle pronunce della Corte europea¹⁴, infatti, la responsabilità della P.A. si configura come responsabilità oggettiva, svincolata dal carattere colpevole della violazione, ritenendosi la colpa *in re ipsa*, cioè implicita nella illegittimità provvedimento.

La CGCE afferma che il rimedio risarcitorio disciplinato dalla direttiva 89/665/CEE può effettivamente rivelarsi un efficace mezzo di ristoro «soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice»¹⁵.

Essa, infatti, pur riconoscendo che «la direttiva 89/665/Cee stabilisce solamente i requisiti minimi che le procedure di ricorso istituite negli ordinamenti giuridici nazionali devono rispettare» e che l'attuazione di detta direttiva rientra nel novero dell'autonomia procedurale degli Stati membri¹⁶, afferma come quest'ultima debba rite-

2009, n. 3750; Cons. St., Sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1443; Cons. St., Sez. VI, 27 aprile 2010, n. 2384; Cons. St., Sez. VI, 7 maggio 2010, n. 2676; Cons. St., Sez. V, 13 aprile 2010, n. 2029; Cons. St., Sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8549; Cons. St., Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482.

¹⁴ Cfr. CGCE 19 novembre 1991, *Francovich*, C-6 e 9/90; nonché CGCE 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62; nonché CGCE 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur - Factortame*, C-46/93 e C-48/93; CGCE 23 maggio 1996, *Lomas*, C-5/94; CGCE 30 settembre 2003, *Koebler*, C-224/01; CGCE 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03; CGCE 18 luglio 2007, *Lucchini*, C-119/05; CGCE 3 settembre 2009, *Olimpiclub*, C-2/08; CGCE, 27 febbraio 2003, *Santex*, C-320/00 e CGCE 19 giugno 2003, *GAT*, C-315/01; CGCE, 14 ottobre 2004, C-275/03; CGCE, 30 settembre 2010, C-314/09.

¹⁵ Così CGCE, 30 settembre 2010, C-314/09.

¹⁶ L'obbligo di cooperazione degli Stati membri per realizzare gli obiettivi della Comunità dà la possibilità a quest'ultimi di scegliere i mezzi procedurali di diritto inter-

nersi «delimitata dai principi di equivalenza e di effettività»¹⁷.

Dunque, il percorso logico seguito dalla CGCE sembra teso innanzitutto a valorizzare la *ratio* della direttiva in esame, a garantire cioè in tutto il territorio dell'Unione una uniforme disciplina degli appalti pubblici improntata ai principi della massima concorrenza e della non discriminazione¹⁸.

no per adempiere tale obbligo: è il principio dell'autonomia procedurale. Per mezzo di tale principio gli Stati membri sono liberi di designare gli organi competenti nonché le procedure necessarie per garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario. Tale autonomia è limitata, però, dai principi di effettività e di equivalenza, l'uno stabilisce che le modalità procedurali previste a livello nazionale non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario; l'altro sancisce che le modalità procedurali previste a livello nazionale non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna.

¹⁷ Così CGCE, 21 settembre 1983, cause riunite *Milchkontor* 205 a 215/82, che afferma, inoltre, che: «conformemente ai principi generali su cui si basa il sistema istituzionale della Comunità e che disciplinano i rapporti fra la Comunità e gli Stati membri, spetta a questi, in forza dell'articolo 5 (l'articolo 10 secondo la nomenclatura odierna) del Trattato, garantire nel loro territorio l'attuazione della normativa comunitaria [...]. Qualora il diritto comunitario, ivi compresi i principi generali dello stesso, non contenga norme comuni, le autorità nazionali, per attuare la normativa nazionale, agiscono applicando i criteri di forma e di sostanza del loro diritto nazionale, e resta inteso che tale principio va temperato con l'esigenza di uniforme applicazione del diritto comunitario, onde evitare disparità di trattamento fra gli operatori economici».

Questi due principi hanno origine giurisprudenziale. Infatti, a seguito di numerose pronunce rese in materia di diritti umani e di responsabilità degli Stati per inadempimento, la Corte di giustizia ha affermato che, ferma restando la competenza esclusiva di ciascuno Stato nel designare i giudici competenti e le modalità procedurali sui ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, gli Stati membri sono obbligati a rispettare i principi di eguaglianza o non discriminazione e di adeguatezza o effettività (Cfr. CGCE, sentenza *Courage*, 20 settembre 2001, causa 453/99).

¹⁸ Tale disciplina rischierebbe di essere frustrata da una disciplina nazionale che subordinasse l'ottenimento del risar-

L'istituto della colpa in tale ambito subisce, quindi, un netto ridimensionamento proprio in relazione ai suddetti principi al fine di garantire in tutto il territorio della Unione Europea un'uniformità di disciplina¹⁹. Difatti, con la pronuncia resa in causa 314/09 si estende la censura di incompatibilità alle disposizioni che subordinano il risarcimento al carattere colpevole della violazione normativa da parte della P.A. in materia di appalti pubblici.

La Corte, definendo una questione pregiudiziale sollevata questa volta dal giudice austriaco, va molto oltre rispetto alla sentenza del 2004, perché non si limita ad occuparsi di una questione processuale riguardante il riparto dell'*onus probandi*, sostenendo anche che confligge con l'art. 1 della direttiva 89/665/CE un sistema nazionale che su-

cimento dei danni, da parte dell'offerente offeso, al previo positivo riscontro dell'elemento soggettivo della responsabilità della P.A. Sul punto si v. A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, n. 1/1998, il quale osserva che «nella normazione comunitaria è l'interesse delle imprese quello che viene tutelato prioritariamente [...]. Infatti, in tale contesto il mercato, la concorrenza, le loro regole sono poste a protezione prioritaria degli interessi delle imprese che vi operano: e, quindi, sono imposte all'amministrazione addirittura come limiti dei poteri negoziali che l'ordinamento generale le attribuisce per il perseguimento del suo ruolo istituzionale; con l'implicazione che essa vi si può sottrarre, solo nelle ipotesi definite ben più selettivamente, nelle quali alle specificità di tale suo ruolo non si può negare rilevanza (...): quando siano queste specificità a potersi porre come limite di protezione degli interessi del mercato e dei soggetti che vi operano». In senso analogo, Cfr. R. CAVALLO PERIN - M. G. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 2/2010, dove si legge che «la disciplina comunitaria della concorrenza è rivolta essenzialmente alla tutela delle posizioni soggettive delle imprese, cui dovrebbe corrispondere in capo alla P.A. l'obbligo di tenere un corretto comportamento verso i concorrenti alle gare pubbliche». Cfr. M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, n. 3/2004; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Cedam, Padova, 2000.

¹⁹ Al riguardo Cfr. G. MORBIDELLI, *Corte Costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2006.

bordini alla esistenza della colpa la responsabilità della P.A.

In tale pronuncia la CGCE si occupa, anzitutto, della questione pregiudiziale di compatibilità dell'ordinamento austriaco con la disciplina europea. Tale ordinamento, al pari dell'ordinamento italiano, condiziona alla sussistenza della colpa la possibilità di riconoscere la responsabilità della P.A., escludendo qualsivoglia ipotesi di responsabilità di carattere oggettivo.

Il giudice austriaco pone la questione di pregiudizialità chiedendo alla CGCE di pronunciarsi sulla compatibilità di un sistema siffatto, non con il Trattato, ma con la direttiva 89/665/CE, nella parte in cui la direttiva, limitatamente al settore degli appalti pubblici di rilievo europeo, impone agli Stati membri di assicurare una tutela rapida ed efficace²⁰.

Sostiene la CGCE che la direttiva 89/665/CEE è incompatibile con una disciplina nazionale che condizioni la possibilità di riconoscere la responsabilità della stazione appaltante alla sussistenza della colpa²¹. Si deduce, quindi, il contrasto del sistema normativo austriaco con la direttiva, nella parte in cui condiziona la ravvisabilità della responsabilità della P.A. alla sussistenza della colpa della stessa.

È bene, però, sottolineare che la CGCE non ha affermato che un sistema nazionale che richiede la colpa quale elemento costitutivo della fattispecie

di responsabilità sia incompatibile con una generica norma del Trattato; ha sostenuto, invece, che è in contrasto con una specifica norma della direttiva europea che disciplina i ricorsi in tema di appalti pubblici sopra soglia comunitaria²².

Precisamente il contrasto si ravvisa con l'art. 1 della direttiva europea ricorsi, n. 665/1989, che pretende dagli Stati membri un sistema di tutela rapida ed efficace, allorché disciplinino le tecniche rimediali sperimentabili per far fronte alle violazioni della normativa europea che disciplina le procedure di gara per l'affidamento degli appalti pubblici europei.

Ebbene, con questa esigenza di rapidità ed efficacia della tutela sarebbe confliggente un sistema nazionale che pretenda la colpa quale elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità²³. La CGCE sostiene, infatti, che l'efficacia e la rapidità della tecnica rimediale per il settore degli appalti regolati dal diritto europeo presuppongono una tendenziale equivalenza delle condizioni pretese per attivare le diverse misure che l'ordinamento contempla in tema di responsabilità.

Pertanto, poiché a fronte della violazione del diritto europeo che disciplina le procedure di gara l'ordinamento contempla il rimedio caducatorio e il rimedio risarcitorio, è necessario, perché questi rimedi possano dirsi rapidi ed efficaci, che

²⁰ In tal senso CGCE, 30 settembre 2010, C-314/09 al p. 31, chiarisce che «L'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665/Cee impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie per garantire l'esistenza di procedure di ricorso efficaci e, in particolare, quanto più rapide possibile contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici che abbiano 'violato' il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o le norme nazionali di trasposizione di quest'ultimo. Il terzo 'considerando' della citata direttiva sottolinea, per parte sua, la necessità che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di 'violazione' del diritto o delle norme suddetti».

²¹ In argomento Cfr., D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata*, in *Dir. un. eur.*, n. 4/2009.

²² Si v. il documento intitolato «*Giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di risarcimento per violazione del diritto dell'Unione europea da parte degli Stati membri*» del 15 luglio 2009, disponibile online all'indirizzo: http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/pdf/jur_09_30385_it.pdf, ove la commissione europea ha evidenziato che «la corte non ha imposto agli Stati membri un regime uniforme di responsabilità, ma stabilisce a livello comunitario le tre condizioni fondamentali per l'insorgenza di tale responsabilità, demandando la loro applicazione agli organi giurisdizionali nazionali, che possono quindi tenere conto, nella misura in cui l'osservanza delle norme comunitarie lo consente, delle particolarità delle normative nazionali in materia di responsabilità».

²³ Cfr. CGCE, 27 febbraio 2003, *Santex*, C-320/00; CGCE, 19 giugno 2003, *GAT*, C-315/01; CGCE, 28 gennaio 2010, C-456/08.

siano equivalenti le condizioni di esperibilità dell'uno e dell'altro.

In tal caso, sostiene la CGCE, è necessario che per accedere al rimedio risarcitorio non si pretendano condizioni di esercizio diverse ed aggiuntive, rispetto a quelle che invece si pretendono per l'annullamento dell'aggiudicazione.

Così, visto che per l'annullamento dell'aggiudicazione non si deve mai provare la colpa, essendo sufficiente che emerga la illegittimità dell'atto, non può pretendersi la sussistenza della colpa perché si possa positivamente esercitare il rimedio risarcitorio: altrimenti il sistema processuale non potrebbe dirsi conforme ai canoni della rapidità e della efficacia²⁴.

4. La influenza della concezione europea sulla giurisprudenza italiana

Alla luce della normativa e delle pronunce della CGCE la giurisprudenza amministrativa italiana ha dovuto approfondire il problema della necessità o meno della colpa quale elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità nella materia degli appalti pubblici.

Il Consiglio di Stato, invero, sembra uniformarsi alle conclusioni della sentenza della CGCE resa in causa 314/09, sostenendo la natura oggettiva della responsabilità della stazione appaltante che cagiona danni per violazione del diritto europeo.

²⁴ Cfr. CGCE, 28 gennaio 2010, C-456/08 e CGCE, C-406/08 annotate da A.C. VIMBORSATI, *L'inadempimento da «insufficiente trasposizione testuale»: un effetto diretto della «direttiva ricorsi» in materia di appalti pubblici*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2010, pg. 888, ove si chiarisce che «viene meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665/Cee, lo Stato membro che mantenga in vigore una disposizione ai sensi della quale il ricorso avverso una decisione di aggiudicare o avverso l'aggiudicazione di un appalto pubblico deve essere proposto quanto prima possibile e comunque entro tre mesi da quando sono emerse le ragioni su cui si basa il ricorso stesso, salvo che il giudice ritenga giustificata una proroga di detto termine, in quanto tale disposizione comporta incertezza circa la decisione contro la quale il ricorso deve essere proposto e circa la determinazione dei termini per proporre un tale ricorso».

In particolare lo ha fatto con la sentenza della Sez. V, 8 novembre 2012 n. 5686²⁵ che, infatti, segue tale indirizzo giurisprudenziale formatosi a seguito della decisione della CGCE.

In questa pronuncia vengono ribaltate le conclusioni del tribunale di prime cure²⁶ ritenendosi che

²⁵Ma si v. anche Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2012, n. 3444; Cons. St., Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 661.

Il fatto e la vicenda processuale: nell'aprile del 2007 veniva indetta dal Comune di Milano una procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di sorveglianza della durata di tre anni, presso il Palazzo di Giustizia e altri uffici giudiziari di Milano, da espletarsi a mezzo di guardie giurate con fornitura e installazione di telecamere. La Società A.S. che aveva preso parte a tale procedura, a seguito di provvedimento di esclusione, proponeva ricorso con istanza cautelare chiedendo l'annullamento degli atti della gara. Il Tar rigettava l'istanza cautelare con ordinanza n. 990/07, cosicché il Comune di Milano immetteva nell'esecuzione del servizio l'aggiudicataria della procedura nelle more della stipulazione del contratto. La decisione veniva impugnata ed il Consiglio di Stato, Sez. V, con ordinanza n. 5131/07, ribaltava la pronuncia di primo grado accogliendo l'istanza cautelare e disponendo la fissazione della decisione di merito. Il ricorso introduttivo veniva poi respinto dal Tar Lombardia con decisione n. 3052/08. Il Comune di Milano stipulava, dunque, il contratto avente come termine finale il 14 giugno 2010. La sentenza in parola veniva, però, annullata dal giudice di appello con pronuncia n. 5096 del 2009. Dopo tale decisione, il Comune di Milano rinnovava le operazioni di gara e riformulava la graduatoria disponendo il subentro della Società A.S., risultata al primo posto della riformulata graduatoria, nella esecuzione del contratto per la residua validità di circa otto mesi, fino al 14 giugno 2010. A seguito della sentenza del C.d.S., la Società A.S. proponeva ricorso al Tar Lombardia chiedendo la condanna del Comune di Milano al risarcimento dei danni provocati dal provvedimento che illegittimamente la escludeva dalla gara: in via principale, mediante reintegrazione in forma specifica consistente nella proroga di efficacia del contratto per ulteriori ventotto mesi ed in subordine, mediante risarcimento per equivalente, in relazione al periodo di ventotto mesi per il quale avrebbe dovuto eseguire il servizio, essendo risultata prima in graduatoria.

²⁶ Il Tar Lombardia, Sez. I, 14 giugno 2010, n. 1811, si era pronunciato per la impossibilità di configurare in capo al Comune di Milano l'imputazione di responsabilità civile, non rinvenendo dagli avvenimenti così come succedutisi l'elemento soggettivo della colpa. Il collegio sosteneva, in-

la disciplina europea in materia di appalti pubblici «non consente che il diritto ad ottenere il risarcimento del danno da una P.A., che abbia violato le norme sulla disciplina degli appalti, sia subordinato al carattere colpevole di tale violazione».

Segnatamente si sostiene che «ciò che rileva è l'ingiustizia del danno e non l'elemento della colpevolezza». Ed invero, ad opinione del collegio, «la sistematica della colpa si trova oggi [...] a dover essere rimeditata non solo in generale alla luce della novella azione di condanna al risarcimento, positivizzata dal Codice del processo amministrativo (ex art. 30)», ma soprattutto alla luce dei numerosi interventi della Corte Europea, secondo cui «si deve configurare la responsabilità in senso oggettivo, atteso che il rimedio risarcitorio contemplato dalla direttiva 89/665/CEE può

fatti, che la responsabilità civile della P.A. debba essere ricondotta nello schema generale della responsabilità civile aquiliana. È necessario, infatti, che «per poter riconoscere come responsabile della lesione inferta alla posizione del privato e, quindi, obbligata al risarcimento del danno l'amministrazione, devono sussistere, dunque, tutti gli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c.: anti giuridicità del comportamento - che si identifica con l'illegittimità dell'atto amministrativo -, danno provocato al singolo mediante tale comportamento, nesso di causalità tra il comportamento anti giuridico ed il danno, elemento soggettivo. E proprio tale ultimo elemento non pare rinvenirsi nella fattispecie all'esame del collegio». Il giudice di prime cure riteneva, infatti, che «il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato, richiedendosi la positiva verifica di tutti i requisiti previsti, [...] e, riguardo all'elemento soggettivo, è indispensabile accedere ad una nozione di tipo oggettivo, che tenga conto dei vizi che inficiano il provvedimento. La responsabilità va, dunque, affermata quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tale da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato; viceversa, va negata quando l'indagine conduca al riconoscimento di un errore scusabile, per la sussistenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto».

effettivamente rivelarsi un efficace mezzo di ristoro soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'Amministrazione aggiudicatrice»²⁷.

Nel caso oggetto della sentenza, superata la verifica dell'elemento soggettivo, il Collegio ritiene che sussistano tutti gli elementi per configurare la responsabilità dell'Amministrazione, e cioè: «l'illegittimità dell'agire comunale, dedotto sulla base della decisione di questo Consiglio n. 5096-09 citata; il nesso di causalità, atteso che, riammesso in gara, l'appellante l'ha vinta; infine, il danno, consistente nella mancata integrale esecuzione del contratto».

Si afferma, infatti, che «la regola comunitaria vigente in materia di risarcimento del danno per illegittimità accertate in materia di appalti pubblici per avere assunto provvedimenti illegittimi lesivi di interessi legittimi configurerebbe una responsabilità non avente natura né contrattuale né extracontrattuale, ma oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante da principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici. Intesa in questo senso, è dunque evidente che tale regola non può essere circoscritta ai soli appalti comunitari ma deve estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario in materia di effettività della tutela, a tutto il campo degli appalti pubblici, nei quali i principi

²⁷ In altre parole, la regola comunitaria vigente in materia di risarcimento del danno per illegittimità accertate in materia di appalti pubblici per avere assunto provvedimenti illegittimi lesivi di interessi legittimi configurerebbe una responsabilità non avente natura né contrattuale né extracontrattuale, ma oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante da principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici.

di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, non fosse altro che per il richiamo che ad essi viene fatto dal legislatore nel Codice appalti (art. 2 d. lgs. 163-06)». La stessa pronuncia sostiene «che ciò che rileva è l'ingiustizia del danno e non l'elemento della colpevolezza»²⁸.

Alla luce di tale indirizzo giurisprudenziale, quindi, si attribuisce massima importanza ai principi di equivalenza e (soprattutto) di effettività, volendosi garantire in tutto il territorio dell'Unione una uniforme disciplina degli appalti pubblici. Per un verso il principio di effettività mira ad impedire che una regola procedurale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario: ogni regola nazionale contraria a tale principio non deve essere applicata. Per altro verso, il principio di equivalenza presuppone che le regole procedurali siano applicabili sia alle cause che si fondano sul diritto comunitario sia a quelle che si fondano sul diritto nazionale: il principio, dunque, presuppone la identità delle regole applicabili²⁹.

La valenza generale dei principi di diritto affermati dalla Corte Europea, quindi, ha prodotto un adeguamento uniforme e costante della giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di appalti pubblici.

In relazione alla violazione da parte della P.A. delle norme che disciplinano l'affidamento dei contratti pubblici, la giurisprudenza del Consi-

glio di Stato è chiara e inequivocabile nell'affermare che la responsabilità della P.A. prescinde dalla sussistenza della colpa e va qualificata come responsabilità oggettiva.

Ai fini della conformità al sistema giuridico europeo non basta che si affermi la sussistenza di una 'colpa presunta'; si deve prescindere, a livello strutturale, dalla sussistenza dell'elemento soggettivo.

Pertanto, in materia di appalti pubblici la responsabilità della P.A. è, 'ontologicamente e strutturalmente', una responsabilità oggettiva, e cioè prescinde dall'elemento soggettivo della colpa.

5. Brevi osservazioni conclusive

In seguito alle esposte considerazioni sembra si possa conclusivamente sostenere, in ragione della recente normativa europea e del consolidato orientamento giurisprudenziale, che la responsabilità della P.A. in materia di appalti pubblici debba configurarsi come responsabilità oggettiva, svincolata dal carattere colpevole della violazione.

Sulla base di tale assunto sembra doveroso, però, se pur in punta di penna, tentare di rispondere all'interrogativo postosi in premessa, e cioè, se sia possibile estendere la natura oggettiva della responsabilità anche agli altri ambiti di azione della P.A.

Segnatamente ci si chiede se tutto quanto detto valga solo limitatamente ai danni di cui si chieda il ristoro nel settore degli appalti pubblici o, invece, gli stessi principi debbano valere per tutte le ipotesi di responsabilità della P.A. In altre parole, fermo restando che la CGCE si è occupata soltanto dei danni da violazione del diritto europeo, in tema di procedure di gara per l'affidamento di appalti pubblici, perché ha ritenuto il contrasto della disciplina austriaca con la direttiva europea ricorsi, occorre domandarsi se al principio riguardante la natura necessariamente oggettiva e non colposa della responsabilità

²⁸ La pronuncia sostiene, inoltre, che «ciò determina *ipso facto* la creazione di un diritto amministrativo comune a tutti gli Stati membri nel quale i principi che si elaborano a livello comunitario, in applicazione dei Trattati, trovano *humus* negli ordinamenti interni, e costituiscono una sorta di sussunzione unificante di regole riscontrabili in tali ordinamenti».

²⁹ Cfr. CGCE, 16 dicembre 1976, sentenza *Rewe* e sentenza *Comet*, causa 33/76 e causa 45/76; CGCE, 9 novembre 1983, sentenza *San Giorgio* C-199/82; CGCE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90; CGCE, 14 dicembre 1994, sentenza *Peterbroeck*, C-312/93; CGCE, 10 luglio 1997, causa *Palmisani*, C-261/95; CGCE, 15 settembre 1998, causa *Edis*, C-231/96; CGCE, 1 dicembre 1998, causa *Levez*, C-326/96.

enunciato limitatamente a tale settore debba vedersi riconosciuta una *vis expansiva*³⁰.

La risposta all'interrogativo viene in qualche modo 'suggerita' dal Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482, secondo cui, nonostante si lascino alla futura evoluzione giurisprudenziale le ricadute concrete del principio espresso dalla CGCE, questo vada circoscritto al solo settore degli appalti.

La pronuncia ritiene che «ciò si desume non solo dal richiamo alla disciplina europea specifica in materia di ricorsi giurisdizionali in materia di procedure di aggiudicazione (la citata direttiva 89/665/CEE come modificata dalla direttiva 2007/66/CE), ma anche dall'evidente tensione della Corte all'effettività della tutela in un settore oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie per la sua incidenza sul corretto funzionamento del mercato e della concorrenza».

Difatti, la direttiva ricorsi, nell'imporre una tutela rapida ed efficace, quindi più intensa, risponde alla esigenza di assicurare il rispetto dell'interesse alla concorrenza. Essa impone uno *standard* di tutela più elevato perché a dover essere presidiato, anche con il meccanismo rimediabile, è un interesse, la concorrenza, che è il pilastro fondamentale della 'costruzione europea'³¹.

Questa è la ragione per cui il diritto europeo, limitatamente al settore degli appalti, prescrive una particolare intensità di tutela: per ciò la CGCE ritiene che il riconoscimento della respon-

sabilità della P.A. non debba collegarsi alla sussistenza della colpa.

D'altra parte, l'ordinamento italiano prevede normalmente la colpa come elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità, essendo residuali le ipotesi in cui si ammette una responsabilità svincolata da essa³².

³² Cfr. Cons. St., Sez. IV, 10 luglio 2012, n. 4089 ove si precisa che «A confutazione degli ulteriori argomenti esposti - per il vero assai genericamente - nell'appello, relativi alla supposta matrice europea o comunitaria della tesi per cui, laddove vi sia spossessamento, si rinverrebbe "*culpa in re ipsa*", si deve replicare che con una recente decisione questa Sezione del Consiglio di Stato (sentenza del 31 gennaio 2012, n. 482) ha avuto modo di affermare, in via generale, che "se la giurisprudenza interna séguita ad ancorare l'accertamento della responsabilità anche al requisito della colpa (o del dolo), ciò non comporta necessariamente una violazione dei principi del diritto europeo in *subiecta* materia, essendo soltanto la conseguenza dell'applicazione delle coordinate entro le quali la predetta responsabilità è inquadrata nell'ordinamento interno; ed è appena il caso di rammentare come la Corte europea abbia sempre ribadito che, una volta rispettati i parametri generali da essa fissati, è sulla base del diritto interno che il giudice nazionale deve accertare la sussistenza o l'insussistenza della responsabilità nei singoli casi. Ivi, in particolare, si rinviene la significativa e pienamente condivisa dal Collegio affermazione per cui (richiamandosi la recente sentenza della Corte di giustizia sez. III, 30 settembre 2010, C314/09, Graz Stadt) il principio di cui alla direttiva 89/665/CEE "quand'anche esso dovesse essere inteso nel senso dell'affermazione di una vera e propria responsabilità oggettiva.. è del tutto ragionevole che esso debba restare circoscritto al settore degli appalti pubblici, come si desume non solo dal richiamo alla disciplina europea specifica in materia di ricorsi giurisdizionali in materia di procedure di aggiudicazione -la citata direttiva 89/665/CEE come modificata dalla direttiva 2007/66/CE- ma anche dall'evidente tensione della Corte all'effettività della tutela in un settore oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie per la sua incidenza sul corretto funzionamento del mercato e della concorrenza. E, difatti, dalla lettura della sentenza de qua risulta che in essa il risarcimento del danno viene qualificato come "alternativa procedurale" al conseguimento del "bene della vita" auspicato dall'impresa ricorrente, ossia l'aggiudicazione, in tutti i casi in cui tale tutela specifica non possa essere accordata all'esito del giudizio: a conferma di come in questo caso la Corte assegni al risarcimento una funzione "riparatorio-compensativa" (oltre che sanzionatoria dell'illegittimo ope-

³⁰ Si v., M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2011; R. GRECO, *Il diritto amministrativo europeo dopo il trattato di Lisbona*, in www.giustizia-amministrativa.it, 7.6.2011; G. VELTRI, *La parabola della colpa nella responsabilità da provvedimento illegittimo: riflessioni a seguito del codice del processo e della recente giurisprudenza*, in www.lexitalia.it, n. 2/2011.

³¹ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1443; Cons. St., Sez. VI, 27 aprile 2010, n. 2384; Cons. St., Sez. VI, 7 maggio 2010, n. 2676; Cons. St., Sez. V, 13 aprile 2010, n. 2029; Cons. St., Sez. V, 13 aprile 2009, n. 3750; Cons. St., Sez. IV, 12 febbraio 2005, n. 478; Cons. St., Sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169.

Sembra, pertanto, potersi conclusivamente affermare che, al di fuori del settore degli appalti, e soprattutto laddove non vi sia da tutelare l'interesse alla concorrenza, non si rinvengono significative ragioni per assicurare la menzionata particolare intensità di tutela, così da 'svincolare' la fattispecie di responsabilità dal requisito della colpa: negli altri ambiti di amministrazione mancando una base normativa su cui poggiare l'assunto della responsabilità oggettiva della P.A., insomma, la sua natura pare doversi confermare come colposa.

rato della p.a.) più che "retributiva", ossia di ristoro patrimoniale di un pregiudizio patito e quindi - per converso - laddove si versi in settori diversi da quello degli appalti pubblici, debbano tornare a trovare applicazione i comuni principi enunciati dalla stessa Corte europea in tema di responsabilità degli Stati da violazione del diritto comunitario».

