

**LA RESPONSABILITA' DELLA P.A. IN MATERIA DI  
APPALTI PUBBLICI NELLA PIU' RECENTE  
GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO  
dell'Avv. Lucia Iacoboni**

Con la sentenza n. 966 del 18 febbraio 2013 il Consiglio di Stato torna a pronunciarsi sul tema della responsabilità civile della PA nella materia degli appalti pubblici. L'occasione è offerta dal ricorso presentato avverso la sentenza n. 87/2009, resa dal TAR Veneto su istanza di risarcimento danni per mancata aggiudicazione di lavori, della quale si afferma l'erroneità *"laddove ha ritenuto che nella specie la colpa della stazione appaltante sia da escludere, in quanto i profili di illegittimità che hanno comportato l'annullamento degli atti impugnati in primo grado sarebbero da addebitare ad un 'errore scusabile'"*

Sul punto il Collegio, nel dare rigorosa applicazione alla regola comunitaria, stigmatizza il principio secondo cui in materia di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi nel campo dei pubblici appalti si *"configurerebbe una responsabilità non avente natura nè contrattuale nè extracontrattuale, ma oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poichè 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"*.

Punto di partenza della pronuncia è costituito dalla sentenza 30 settembre 2010, C314/09, della Terza Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale, confermando un orientamento già espresso dal giudice comunitario, ha affermato che la vigente normativa europea (il rinvio è all'art. 2, n. 1. lettera c) della direttiva 89/665/CEE) non consente di subordinare il diritto al risarcimento del danno nei confronti di una Amministrazione pubblica, che abbia violato le norme sulla disciplina degli appalti, alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'Amministrazione aggiudicatrice.

Ne consegue, in ordine alla distribuzione dell'onere della prova, che in materia di appalti pubblici il ricorrente danneggiato non è gravato dall'onere di provare che il danno derivante da provvedimento amministrativo illegittimo sia conseguenza della colpa dell'Amministrazione; d'altra parte, questa non può esimersi dal

risarcire il danno, adducendo l'inesistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

Nel precisare quanto sopra, il Consiglio prende le distanze dall'orientamento, anche della stessa sezione, volto comunque, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, a dare rilievo all'elemento soggettivo della P.A., evidenziando che: *"poco importa, per il giudice comunitario, che un ordinamento nazionale non faccia gravare sul ricorrente l'onere della prova dell'esistenza di una colpa dell'Amministrazione aggiudicatrice, ma la presuma a carico della stessa; infatti, dal momento in cui si consente a quest'ultima di vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante, si genera ugualmente il rischio che il ricorrente pregiudicato da una decisione illegittima di un'Amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'Amministrazione riesca a vincere la suddetta eventuale presunzione di colpevolezza"*.

A fondamento di tale rigoroso indirizzo viene indicata la necessità di dare piena attuazione ai principi di equivalenza, di effettività della tutela e di uniformità nell'applicazione della disciplina degli appalti pubblici in tutto il territorio dell'Unione, a garanzia della massima concorrenza e non discriminazione. Inoltre, il Collegio evidenzia che la mancanza di qualsiasi riferimento all'elemento soggettivo della colpevolezza nell'ordinamento comunitario non è casuale, ma si giustifica in considerazione del fatto che il risarcimento per equivalente costituisce, di norma, in ambito amministrativo, mezzo residuale di ristoro del pregiudizio subito; pertanto, subordinare il risarcimento del danno all'accertamento della colpa della P.A. appaltante significherebbe rendere più gravosa, o addirittura impossibile, anche tale ultima via di tutela.

La conclusione, cui perviene il Collegio è, dunque, quella di prescindere da qualsiasi considerazione della colpa al fine di configurare la risarcibilità dei danni per equivalente in materia di appalti pubblici, ferma restando la necessità di individuare le altre componenti dell'illecito, vale a dire l'illegittimità dell'azione amministrativa, il nesso causale ed il danno.

Viene, inoltre, precisato l'ambito di applicazione della regola comunitaria della responsabilità oggettiva, che *"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 di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza"*

La sentenza 966/2013 riproduce l'orientamento già espresso, con ampia motivazione, dalla precedente n. 5686 dell'8.11.2012 della stessa Sezione V, la quale, seguendo lo stesso percorso argomentativo, sottolinea come la sistematica della colpa della P.A. debba oggi essere rimeditata, nel campo degli appalti pubblici, con riferimento all'ordinamento comunitario, giungendo per tale via alla conclusione che *"ogni danno che sia conseguenza immediata e diretta della violazione di norme in tema di appalti pubblici possa, per ciò solo, definirsi ingiusto e, come tale, meritevole di adeguato ristoro"*. In senso analogo, si rinvia anche a Sez. V n. 240 del 16.01.2013, n. 3314 del 5.06.2012, n. 661 del 7.02.2012.

L'affermazione della responsabilità oggettiva, tuttavia, non è concorde nella giurisprudenza amministrativa, ponendosi il problema di raccordare i principi desumibili dall'ordinamento comunitario con la tradizionale ricostruzione della responsabilità patrimoniale della P.A. per lesione di interessi legittimi. L'orientamento prevalente, infatti, la inquadra nello schema della responsabilità extracontrattuale, ricollegandola, in tal modo, anche all'accertamento dell'elemento soggettivo; al fine, poi, di alleggerire l'onere probatorio incombente sul privato, si è affermata che, una volta acclarata l'illegittimità del provvedimento amministrativo, alla P.A. spetta di provare l'assenza di colpa mediante l'allegazione di circostanze integranti il c.d. errore scusabile

La sezione IV del Consiglio di Stato nella sentenza n. 482 del 31 gennaio 2012, a cui, peraltro, fanno riferimento le pronunce sopra richiamate della Sez. V, n. 966/2013 e n. 5686/2012, rappresenta il più articolato tentativo di conciliare i principi enunciati dal giudice comunitario e la sistematica della colpa come disegnata dal giudice nazionale. Secondo il Collegio, infatti, le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza interna, che séguita ad ancorare l'accertamento della responsabilità dello Stato da violazione del diritto comunitario al requisito della colpa o del dolo, *"non mutano per effetto della recente sentenza della Corte di Giustizia"* (sez. III, 30 settembre 2010, C314/09, Graz Stadt). Invero, il giudice comunitario solo raramente ha affermato la responsabilità di uno Stato considerandola *in re ipsa* sulla scorta della mera violazione di una norma o di un principio comunitario, richiedendo una violazione sufficientemente qualificata, ossia 'grave e manifesta', individuata sulla base di una pluralità di indici rivelatori, che devono essere valutati caso per caso dal giudice interno. Orbene, afferma il Collegio, *"i concetti così enunciati dalla Corte europea in tema di 'violazione grave*

*e manifesta' si pongono in linea, in alcuni casi addirittura coincidendo letteralmente, con i parametri e i criteri individuati dalla nostra giurisprudenza interna al fine della definizione dei contorni della colpa della Pa". Pertanto, "se la giurisprudenza interna seguita ad ancorare l'accertamento responsabilità anche al requisito della colpa (o del dolo), ciò non comporta necessariamente una violazione dei principi del diritto europeo" dato che "in sostanza identico...è lo sforzo di individuare a livello oggettivo una serie di elementi destinati ad agire come presupposti o condizioni per il riconoscimento di una responsabilità del soggetto pubblico che non discenda sempre e comunque in modo automatico dalla mera illegittimità del suo operato".*

In senso analogo si segnalano anche: la sentenza della sezione V, n. 5846 del 19 novembre 2012, la quale, pur dando atto dell'orientamento espresso dal giudice comunitario, fa tuttavia riferimento all'elemento soggettivo della PA, ricorrendo al meccanismo delle presunzioni semplici e al concetto di errore scusabile: *"l'illegittimità dell'atto amministrativo già costituisce un indice presuntivo della colpa della P.A., sulla quale incombe l'onere di provare la sussistenza di un proprio ipotetico errore scusabile"*; la sentenza n. 4438 del 31 luglio 2012, sempre della sezione V, che, pur muovendo dall'affermazione di principio della non necessità di accertare la componente soggettiva dell'illecito, passa poi ad esaminare la sussistenza, nel caso di specie, di alcuna delle fattispecie elaborate dalla giurisprudenza quale errore scusabile della P.A.

\*\*\*\*\*

In conclusione: il breve excursus nella giurisprudenza del Consiglio di Stato evidenzia, nelle sentenze più recenti, la tendenza ad un'applicazione rigorosa del principio della responsabilità oggettiva nella materia dei pubblici appalti, nel dichiarato intento di dare applicazione alla 'regola comunitaria'. Vien da chiedersi, però, se tale orientamento non sia eccessivamente penalizzante per il soggetto pubblica amministrazione, il cui operato, così argomentando, viene ad essere discriminato, rispetto a quello dei soggetti privati, dalla totale mancanza di considerazione delle circostanze del proprio agire.

Vien da chiedersi, altresì, se tale più rigoroso modo di argomentare sia quello più conforme alla stessa giurisprudenza comunitaria, che mostra costantemente di dar rilievo, attraverso la considerazione del carattere 'grave e manifesto' della violazione, evidenziato da una pluralità di indici rivelatori, ad un modello di responsabilità dell'amministrazione che non si pone come automatica

conseguenza dell'illegittimità della sua azione.

Il punto di 'convergenza' con la giurisprudenza europea può allora essere trovato sulla base della traccia indicata dalla sentenza 482/2012, e sintetizzata dalla successiva 2256/2012, della Sezione V, la quale, pur ritenendo doveroso prendere atto del principio espresso dalla Corte di Giustizia Ce nella sentenza 30 settembre 2010 n. C-314/09, precisa poi che: *"come chiarito di recente anche da questo Consiglio (sez. IV, sent. n. 482/12), ciò non significa prescindere del tutto da un accertamento, anche in subjecta materia, della rimproverabilità del comportamento dell'amministrazione. Tuttavia detto accertamento deve essere apprezzato sulla scorta del parametro oggettivo, enucleato in sede europea al fine di stabilire la responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario, del carattere di gravità ed evidenza dell'illegittimità"*, individuato, nel caso in esame, in relazione al grado di chiarezza e precisione delle norme violate.