

Responsabilità della pubblica amministrazione per violazione della disciplina sugli appalti pubblici, alla luce della sentenza 30 settembre 2010 della Corte di giustizia dell'Unione europea: l'evoluzione della giurisprudenza del giudice amm.vo. Effetti sulla configurazione della colpa, a carico del pubblico funzionario, per il danno erariale conseguente, nei giudizi di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, Sezione III, con sentenza del 30.9.2010 (proc. C-314/09), ha premesso che "l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 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".

Ha quindi statuito che "la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata".

La citata sentenza indica chiaramente che il risarcimento "per equivalente", in difetto di esecuzione in forma specifica, conseguente alla violazione della normativa sugli appalti pubblici, prescinde dalla valutazione di un comportamento colposo da parte della P.A.

La sentenza si pone in contrasto con la giurisprudenza amministrativa previgente.

In particolare, il Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza n. 3981/2006, aveva statuito:

"Questa Sezione non dubita del fatto che, per il riconoscimento della responsabilità della p.a. per i danni causati nell'esercizio (illegittimo) dell'attività amministrativa, sia necessaria la sussistenza anche dell'elemento soggettivo dell'illecito. ... Con sentenza n. 500/1999, la Cassazione affermò che, per accertare la responsabilità della p.a., il giudice deve svolgere una penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente, ma della p.a. intesa come apparato, configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione, criterio in parte disatteso da questo Consiglio di Stato, che ha sottolineato che ... si finisce per accontentarsi di una verifica di tipo solo oggettivo. Nell'affermare che solo in presenza di un errore scusabile dell'autorità non si configura il

requisito della colpa, la giurisprudenza ha, a volte, utilizzato una nozione oggettiva di colpa, collegata al concetto di violazione grave, emerso anche in sede comunitaria e, altre volte, ha invece utilizzato lo strumento probatorio della presunzione, ritenendo che la accertata illegittimità dell'atto ritenuto lesivo dell'interesse del ricorrente, può rappresentare, nella normalità dei casi, l'indice (grave, preciso e concordante) della colpa dell'amm.ne. Successivamente, il Consiglio di Stato ha, tuttavia, dissentito dalla ricostruzione, che fa applicazione dei principi che presiedono alla responsabilità contrattuale ... restando all'interno della disciplina della responsabilità aquiliana ... utilizzando, per la verifica dell'elemento soggettivo, le presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c. Il collegio ritiene di condividere tale ultimo orientamento. ... Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà a quel punto all'amm.ne dimostrare che si è trattato di un errore scusabile".

Con sentenza n. 3723/2008, il Consiglio di Stato, Sez. IV, aveva confermato che, "giusta orientamento consolidato della Sezione, il danno ingiusto causato dalla pubblica amm.ne, ancorché riferito alla lesione di interessi legittimi, comporta una responsabilità di tipo extracontrattuale che, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., richiede comunque la verifica della sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa" e, "pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione relativa di colpa dell'amm.ne per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, ben possono operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 cod. civ."

Ancora, il Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza n. 213/2008, aveva precisato che "secondo l'orientamento prevalente, al privato non è chiesto un particolare sforzo probatorio per dimostrare la colpa della p.a.: può invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione (semplice) della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata (Cons. St., sez. VI, n. 3981/2006; n. 1114/2007)".

Intervenuta la sentenza 30.9.2010 della Corte di giustizia, vi è stata una evoluzione nella giurisprudenza amministrativa.

Infatti, come ricordato nella giurisprudenza della Corte di giustizia, i giudici nazionali e gli organi dell'amministrazione hanno l'obbligo di applicare integralmente il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che quest'ultimo attribuisce ai singoli, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (sentenze 22.3.1989 C-103/88, 11.1.2007 C-208/05, 5.3.96 C-46/93).

D'altra parte, anche il codice del processo amm.vo (d.l.vo n. 104/2010, entrato in vigore il 16.9.2010), all'art. 1): "Effettività", statuisce che "la giurisdizione amm.va assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo". Di conseguenza l'art. 30): "Azione di condanna", comma 2, secondo cui "può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa", va interpretato in linea con quanto deciso dalla Corte di giustizia con la citata sentenza del 30.9.2010.

Il T.A.R. Lombardia, Brescia, con sentenza n. 4552/2010, ha statuito, riguardo all'accertamento della sussistenza della colpa, che questa "è destinato a perdere consistenza alla luce della recente sentenza della Corte di giustizia CE, Sez. III – 30.9.2010 (causa C-314/2009). La Corte ha infatti ritenuto che gli Stati membri non possono subordinare la concessione di un risarcimento al riconoscimento del carattere colpevole della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall'amm.ne aggiudicatrice. Ha statuito la Corte che "il tenore letterale degli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6, nonché del sesto *considerando* della direttiva 89/665 non indica in alcun modo che la violazione delle norme sugli appalti pubblici atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amm.ne aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità". ... In questo quadro complessivo il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività perseguito dalla direttiva soltanto a condizione che la possibilità di riconoscerlo "non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amm.ne aggiudicatrice". Ciò posto, anche l'inversione dell'onere della prova a carico dell'amm.ne aggiudicatrice non è accettabile, poiché genera "il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amm.ne aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amm.ne suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante".

Il T.A.R. Campania, con sentenza n. 1069/2010, dopo aver richiamato la sentenza 30.9.2010 della Corte di giustizia, ha reputato che "la richiamata giurisprudenza comunitaria sembra produrre nel nostro ordinamento l'effetto, sia pure circoscritto al settore degli appalti pubblici, di svincolare la responsabilità dell'amm.ne dall'accertamento della colpa, quand'anche ricavata

presuntivamente dalla illegittimità degli atti posti in essere dalla p.a.” e “nella fattispecie in esame, il rilievo della violazione delle regole di imparzialità e buon andamento, nonché di buona fede e correttezza qualificano il comportamento dell’amm.ne resistente in modo tale da concretarne la responsabilità per danno consequenziale all’annullamento di un provvedimento amm.vo illegittimo”.

Il T.A.R. Sicilia, Catania, con sentenza n. 4624/2010, ha altresì precisato che “il collegio ritiene che il principio espresso dalla citata sentenza della Corte di giustizia 30.9. 2010 – circa l’irrelevanza, al fine di riconoscere il risarcimento in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, della colpevolezza della riscontrata violazione di legge – non possa che essere applicato anche in relazione agli appalti il cui importo si collochi al di sotto della c.d. soglia comunitaria, pena una ingiustificabile disparità di trattamento tra imprese che partecipano a gare sopra la soglia, che si vedrebbero riconoscere il risarcimento in base a tale nuovo principio, ed imprese che, partecipando a gare sotto quella soglia, se lo vedrebbero invece negare a causa di difficoltà interpretative della normativa, o della riscontrata esistenza di un qualsivoglia errore scusabile dell’amm.ne. In verità, per la stessa necessità di garantire la parità di trattamento, nonché l’uguaglianza tra situazioni giuridiche soggettive aventi pari consistenza e dignità, il principio di cui sopra non può che essere esteso anche ad ambiti diversi da quelli concernenti le procedure di affidamento di appalti nei vari settori. D’altra parte, nell’ordinamento giuridico italiano un fenomeno interpretativo analogo si è già riscontrato, ad esempio con riferimento alla risarcibilità del danno da violazione di interessi legittimi ...”. Riguardo a quest’ultima sentenza, mentre sono condivisibili le argomentazioni esposte sulla necessaria estensione del principio affermato dalla Corte di giustizia anche agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, per evitare una ingiustificata disparità di trattamento a fronte di situazioni analoghe, non sembra possa accogliersi l’estensione ulteriore alla generalità dei casi, dato che il regime della responsabilità a prescindere dall’accertamento della colpa si pone al di fuori dei principi fondanti della responsabilità nel diritto vigente, ove i casi di responsabilità oggettiva sono di natura eccezionale.

Il Consiglio di Stato, Sez. V, nella sentenza n. 1184/2011, ha totalmente ignorato la sentenza della Corte di giustizia del 30.9.2010, continuando a sostenere che (anche nella materia degli appalti pubblici) “la colpa, insieme al dolo, sono elementi imprescindibili ai sensi dell’art. 2043 c.c. perché si formi una fattispecie che possa dar luogo al danno ingiusto”.

Al contrario, la stessa Sez. V, nella sentenza n. 1193/2011, ha “rilevato, anzitutto, che non vi è alcuna necessità di accertare la componente soggettiva dell’illecito, sulla base dei più recenti indirizzi della giurisprudenza comunitaria. (Corte di giustizia delle Comunità europee, Sez. III, 30.9.2010, n. C-314/09 ...). Con riferimento alla misura del risarcimento del danno spettante

all'appellante, è sufficiente osservare che, qualora la procedura fosse stata svolta correttamente, la Soc. avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura e l'appalto avrebbe dovuto essere assegnato alla attuale appellante, collocata al secondo posto della graduatoria. Pertanto, all'interessata compete il diritto al risarcimento dei danni costituiti dal mancato utile derivante dall'appalto in contestazione".

Il Consiglio di Stato, Sez. III, con sentenza n. 4355/2011, "sull'elemento soggettivo della colpa dell'amm.ne, deve richiamare la recente sentenza 30.9.2010 n. C-314/09 con la quale la Corte di giustizia ha escluso qualsiasi rilevanza della colpa in materia di appalti ai fini della tutela risarcitoria; in ogni caso risulta decisivo il rilievo che nella fattispecie sussistono elementi circa la colpa dell'amm.ne, attesa la mancata applicazione delle regole fissate dalla *lex specialis* e della cogente normativa dalla stessa richiamata".

Per inciso, si osserva che, se si parte dal presupposto della esclusione di "qualsiasi rilevanza della colpa", in virtù del richiamo alla sentenza della Corte di giustizia, non può ritenersi nello stesso tempo decisivo un presupposto già ritenuto irrilevante e cioè la sussistenza di "elementi circa la colpa dell'amm.ne".

Infine, il Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza n. 5527/2011, ha ripetuto testualmente quanto già rilevato nella sentenza n. 1193/2011, nel senso che "non vi è alcuna necessità di accertare la componente soggettiva dell'illecito, sulla base dei più recenti indirizzi della giurisprudenza comunitaria".

Per completezza, va ricordato quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza 5.3.96 n. C-46/93:

"Secondo una costante giurisprudenza della Corte, il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili è inerente al sistema dei trattati sui quali quest'ultima è fondata. Da tale giurisprudenza deriva che detto obbligo si applica ad ogni ipotesi di violazione del diritto dell'Unione, a prescindere dalla pubblica autorità che ha commesso tale violazione. Così, la Corte ha dichiarato che ai singoli lesi è riconosciuto un diritto al risarcimento purché siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica dell'Unione violata sia preordinata a conferire loro diritti, che la violazione di tale norma sia sufficientemente qualificata e che esista un nesso causale diretto tra la violazione in parola e il danno subito dai singoli. L'applicazione delle suddette condizioni che consentono di stabilire la responsabilità degli Stati membri per danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione deve, in linea di principio, essere operata dai giudici nazionali. Secondo la giurisprudenza della Corte, l'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata implica una violazione grave e manifesta da parte dello Stato membro dei limiti posti al suo potere discrezionale. Al riguardo, fra gli elementi da prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della

norma violata e l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali. In ogni caso, una violazione del diritto dell'Unione è sufficientemente qualificata allorché essa è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia".

Occorre adesso stabilire gli eventuali effetti riflessi, sulla configurazione della colpa a carico degli amministratori o dipendenti, ai quali sia imputabile il danno erariale derivante dal risarcimento, riconosciuto in via generale dalla Corte di giustizia a motivo della mera violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte della p.a. aggiudicatrice.

Come è noto, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge n. 639/1996 "la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave"

La Corte costituzionale, con sentenza n. 371/1998, ha ritenuto tale limitazione conforme ai principi costituzionali, tenuto conto delle "finalità ispiratrici della contestata norma che è dato desumere dagli stessi lavori parlamentari, che evidenziano l'intento di predisporre, nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore delle responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa. Nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, che connotano l'istituto qui in esame, la disposizione risponde, perciò, alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo. E ciò secondo valutazioni che, ovviamente, non spetta alla Corte sindacare dal punto di vista della convenienza ed opportunità".

La giurisprudenza della Corte dei conti ha più volte indicato i criteri per individuare le violazioni dei doveri d'ufficio connotate da colpa grave.

Come ricordato nella recente sentenza n. 630/2011 della Sez. III d'appello "secondo consolidata e condivisibile giurisprudenza della Corte dei conti, non essendo possibile configurare un generale criterio di valutazione della colpa grave, questa non può essere ricondotta alla semplice "violazione della legge o di regole di buona amministrazione, ma è necessario che questa violazione sia connotata da inescusabile negligenza o dalla previsione dell'evento dannoso" (Sez. 3^a centr. appello, sent. n. 75/2010). La colpa grave consiste, infatti, "in un comportamento avventato e caratterizzato da assenza di quel minimo di diligenza che è lecito attendersi in relazione ai doveri di servizio propri o specifici dei pubblici dipendenti" (Sez. 1^a centr. appello, sent. n. 305/2009) ossia nella "inammissibile trascuratezza e negligenza dei propri doveri, coniugata alla prevedibilità delle conseguenze dannose del comportamento"

(Sez. giur. Calabria, sent. n. 763/2005) in relazione alle modalità del fatto, all'atteggiamento soggettivo dell'autore nonché al rapporto tra tale atteggiamento e l'evento dannoso: "di guisa che il giudizio di riprovevolezza della condotta venga in definitiva ad essere basato su un quid pluris rispetto ai parametri di cui agli artt. 43 cod. pen. e 1176 cod. civ." (Sezioni riunite, sent. n. 56/1997). L'elemento psicologico della colpa grave va ravvisato soltanto "in presenza di comportamenti omissivi connotati dalla consapevolezza, equiparabile alla colpevole ignoranza, della necessità di agire da parte degli amministratori per eliminare o far cessare la situazione generatrice del danno" (Sez. 2^a centr. appello, sent. n. 65/2010) e non può essere disgiunto dalla "consapevolezza del comportamento contestato, il quale può costituire causa generatrice di un evento dannoso sia quando comporti la violazione di obblighi di iniziativa, sia allorché si concretizzi nel disinteresse alle necessità obiettive che emergono dalle concrete attività amministrative sulla base della situazione di fatto" (Sez. 3^a centr. appello, sent. n. 275/2006). Occorre far riferimento - oltre al rilevante grado di negligenza, di imprudenza o di imperizia nonché alla superficialità e leggerezza del comportamento - "al grado di anomalia e di incompatibilità dei comportamenti concreti rispetto agli schemi normativi astratti, ivi compreso il dovere di svolgere i propri compiti con il massimo di lealtà e diligenza, dovendosi in particolare esaminare il concreto atteggiarsi dell'agente, calato nella contestualità del momento, nei fini del suo agire quali desumibili da indici di presunzione di esperienza, perizia e buon senso, nel grado di prevedibilità di eventi dannosi e nella quota di esigibilità, anche alla stregua di altri doveri e fini pubblici da seguire, della norma infranta" (Sez. giur. Piemonte, sent. n. 647/2005)".

Come si evince dalla citata giurisprudenza, (Sez. III appello: "previsione dell'evento dannoso"; Sez. giur. Calabria: "prevedibilità delle conseguenze dannose del comportamento"; Sez. giur. Piemonte: "grado di prevedibilità di eventi dannosi"), da ritenersi consolidata sul punto, un apprezzabile grado di prevedibilità dell'evento dannoso, attraverso un giudizio *ex ante*, integra una ipotesi di colpa grave, in particolare nel caso di violazione di norme cui conseguono consistenti effetti dannosi per il pubblico erario.

Orbene, nella fattispecie in esame, di violazione della disciplina sugli appalti pubblici, con illecita esclusione dell'impresa cui l'appalto sarebbe stato assegnato qualora la procedura fosse stata svolta correttamente, non si ha soltanto un elevato grado di prevedibilità dell'evento dannoso, ma addirittura la quasi assoluta certezza del verificarsi di un nocimento di rilevante entità per le finanze pubbliche, per l'inevitabile condanna della p.a. nel caso di risarcimento "per equivalente", in ottemperanza ai principi affermati dalla Corte di giustizia.

In tale situazione, più che di "colpa cosciente", può parlarsi di "dolo indiretto o eventuale" da imputare al pubblico amministratore o dipendente che ha violato

la normativa in questione, dovendosi ritenere voluti i risultati nocivi del proprio comportamento, facilmente prevedibili e di cui è stato accettato il rischio.

Una riflessione conclusiva, già formulata nel precedente articolo dello scrivente in data 13 giugno 2011 sul c.d. "danno alla concorrenza": la Corte dei conti è sovente accusata, anche ingiustamente, di non saper ottenere risultati concreti ed incisivi, a fronte di una intensa attività nei settori giurisdizionali e del controllo. Orbene, se la giurisprudenza della Corte sarà capace di esprimere un duro, anche se equanime, giudizio di condanna sugli abusi di cui si discute, l'azione giudiziaria potrà portare a rilevanti e concreti risultati di dissuasione dell'attività illecita dei funzionari nella gestione delle gare pubbliche, tanto più necessaria in un momento nel quale la corruzione è dilagante con effetti devastanti sulle finanze pubbliche, mentre si avverte il rischio reale di infiltrazioni criminali sempre più massicce nella pubblica amministrazione.

Roma, 16 novembre 2011.

Antonio VETRO
(Presidente on. Corte dei conti)
