

## **È oggettiva la responsabilità della p.a. nel campo degli appalti pubblici.**

*di Anna Carella*

*Data di pubblicazione: 14-11-2012*

Consiglio di Stato – Sezione Quinta – decisione 8 novembre 2012, n. 5686  
Presidente FF Saltelli; Estensore Lotti

In materia di appalti pubblici non può gravare sul ricorrente danneggiato l'onere di provare che il danno derivante dal provvedimento amministrativo illegittimo sia conseguenza di una colpa dell'Amministrazione, la quale ultima non può sottrarsi all'obbligo di risarcire i danni cagionati dal suo provvedimento illegittimo adducendo l'inesistenza a proprio carico di elementi di dolo o di colpa.

La regola comunitaria vigente in materia di risarcimento dei 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 di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, non fosse altro che per il richiamo che ad essi viene fatto dal nostro legislatore interno nel Codice degli appalti.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7318 del 2010, proposto da: All System S.p.A. in proprio e quale mandataria R.T.I., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandra Sandulli, Massimo Falsanisi e Roberto Invernizzi, con domicilio eletto presso l'avv. Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II,

349;

contro

Comune di Milano, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Rita Surano, Raffaele Izzo, Maria Teresa Maffey e Stefania Pagano, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3; Comune di Milano - Settore Acquisti - Servizio Gare per Servizi alla Persona 1, non costituito in giudizio;

nei confronti di

BTV S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica; Sintel Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, entrambe non costituite in giudizio;  
per la riforma della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZIONE I, n. 01811/2010, resa tra le parti, concernente aggiudicazione appalto servizio di sorveglianza presso palazzo di giustizia - Ris. Danno;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Roberto Invernizzi e Diego Vaiano, su delega dell'avv. Raffaele Izzo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, sez. I, con la sentenza n. 1811 del 14 giugno 2010, ha in parte respinto, in parte dichiarato inammissibile il ricorso proposto dall'attuale appellante per il risarcimento in forma specifica, o in subordine per equivalente, anche in applicazione dell'art. 35 d.lgs. 80/1998, in relazione ai pregiudizi patiti e patienti dalle ricorrenti a causa di atti e comportamenti impugnati, nonché a causa dell'illegittima mancata aggiudicazione del servizio di sorveglianza presso il Palazzo di Giustizia e presso altri uffici, da espletare a mezzo di guardie giurate e fornitura/installazione di telecamere, durante il periodo 15 giugno 2007-14 giugno 2010"; per l'accertamento del diritto delle ricorrenti ex art. 115 d.lgs. 163-06 a praticare per il servizio il prezzo di cui all'offerta da esse presentata nella gara di cui al servizio predetto, maggiorato con l'applicazione degli indici revisionali maturati dal momento della presentazione dell'offerta medesima; per l'accertamento dell'illegittimità e della nullità della clausola contrattuale che vorrebbe imporre la deroga patrizia all'entità degli

interessi per ritardato pagamento stabilita ex d.lgs. 231-02 e direttiva 2000/35/CE; nonché per l'annullamento degli atti connessi, con i quali l'amministrazione si è limitata a reintegrare parte ricorrente solo per il periodo residuale di otto mesi (note comunali e relativi verbali del 21.9.09, 2.10.09, 14.10.09, 22.10.09; atto dirigenziale n. 410 dell'1.10.09; schema di contratto sottoposto dal Comune).

Il TAR ha fondato la sua decisione rilevando, sinteticamente, che, con bando pubblicato in data 19 aprile 2007, il Comune di Milano aveva indetto una procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di sorveglianza mediante guardie particolari giurate, con fornitura e installazione di telecamere, presso il Palazzo di Giustizia e l'Aula Bunker di piazza Filangieri, Milano, (lotto I) e presso altri Uffici Giudiziari (lotto II); la durata prevista dell'appalto era dal 15 giugno 2007 al 14 giugno 2010.

Con precedente sentenza n. 3052 del 28 luglio 2008, previa pubblicazione del dispositivo in data 30 aprile 2008, il TAR aveva respinto il ricorso intentato dall'attuale appellante per l'annullamento degli atti della gara in contestazione; il Comune aveva conseguentemente stipulato il contratto con l'originario aggiudicatario per i due lotti, avente come termine finale il 14 giugno 2010, nelle date del 27 giugno e 3 luglio 2008.

Tale sentenza era stata riformata da questo Consiglio, con sentenza n. 5096 del 27 agosto 2009, previa pubblicazione del dispositivo in data 8 maggio 2009.

In seguito alla pubblicazione di tale ultima decisione, il Comune di Milano, nel mese di settembre 2009, aveva rinnovato le operazioni di gara e riformulato la graduatoria, disponendo, in data 24 ottobre 2009, il subentro della ricorrente, risultata al primo posto della graduatoria del lotto in questione, nell'esecuzione del contratto, per la residua validità di circa otto mesi, fino al 14 giugno 2010.

Il contratto veniva, poi, sottoscritto il 12 marzo 2010.

Il TAR ha osservato che dall'andamento degli avvenimenti succedutisi, così come descritti, non poteva rinvenirsi in capo all'Amministrazione la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa, indispensabile al fine della possibilità di configurazione dell'imputazione di responsabilità civile nei confronti della stessa.

Il TAR, quindi, ha in parte respinto il ricorso, quanto alla domanda risarcitoria, e, per il resto, lo ha dichiarato inammissibile nella parte in cui era stato rivolto avverso le clausole contrattuali che derogavano alle ordinarie scadenze e alle decorrenze degli interessi legali, sostanzialmente per difetto di giurisdizione.

L'appellante ha contestato la sentenza del TAR chiedendo l'accoglimento dell'appello quanto alla censura avverso l'assunta omissione della revisione prezzi ai sensi dell'art. 115 del d.lgs. n. 163-06, poiché tale clausola era mutata nel contratto rispetto alla bozza prodotta dalla ricorrente in senso favorevole alla stessa e quanto alla censura concernente la clausola relativa alla deroga pattizia all'entità degli interessi per ritardato pagamento, afferendo all'esecuzione contrattuale e, quindi, alla giurisdizione del giudice ordinario.

Si è costituito il Comune, chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 3 luglio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Rileva il Collegio che il primo e centrale motivo di appello è incentrato sull'individuazione, in

capo all'Amministrazione, della sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa, ritenuta dal TAR indispensabile al fine della possibilità di configurazione dell'imputazione di responsabilità nei confronti della stessa.

Questa Sezione deve rilevare che, con sentenza in data 30 settembre 2010, C-314/09, la Terza Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (cfr. anche Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482) ha affermato che la vigente normativa europea che regola le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi non consente che il diritto ad ottenere il risarcimento del danno da una Amministrazione pubblica che abbia violato le norme sulla disciplina degli appalti sia subordinato al carattere colpevole di tale violazione.

Secondo la Corte, il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2, n. 1, lett. c), dell'originaria direttiva 89/665/CEE può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività delle garanzie offerte soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata, così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso previsti dal citato art. 2, n. 1, alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'Amministrazione aggiudicatrice.

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.

La decisione qui riassunta, pur non introducendo elementi di novità rispetto ad altra precedente decisione della stessa Corte in data 14 ottobre 2004, C-275/03, che aveva sanzionato lo Stato del Portogallo per aver subordinato la condanna al risarcimento dei danni cagionati da violazioni del diritto comunitario in materia di pubblici appalti all'allegazione della prova, da parte dei danneggiati, che gli atti illegittimi dello Stato o degli enti di diritto pubblico fossero stati commessi colposamente o dolosamente, ribadisce in modo chiaro e univoco che, in materia di appalti pubblici, da un lato non possa gravare sul ricorrente danneggiato l'onere di provare che il danno derivante dal provvedimento amministrativo illegittimo sia conseguenza di una colpa dell'Amministrazione; dall'altro lato, che non possa l'Amministrazione sottrarsi all'obbligo di risarcire i danni cagionati da un suo provvedimento illegittimo adducendo l'inesistenza a proprio carico di elementi di dolo o di colpa.

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.

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 di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, non fosse altro che per il richiamo che ad essi viene fatto dal nostro legislatore nel Codice appalti (art. 2 d. lgs. 163-06).

Per certi versi, in questo settore, viene di nuovo in rilievo il modello, lungamente adottato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, della colpa in re ipsa, che obliterava, infatti, l'elemento soggettivo nell'illecito provvedimento, ritenendolo implicita nell'illegittimo esercizio della funzione e/o nell'esecuzione di un atto illegittimo.

Al riguardo, è noto che, con il revirement della Cassazione nella sentenza n. 22 luglio 1999 n. 500, si è affermato *expressis verbis* che dall'illegittimità di un atto non può più essere evinta l'illiceità.

La sistematica della colpa si trova oggi, tuttavia, 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), questione che esula dal perimetro del presente giudizio; ma soprattutto, come detto, in relazione alla responsabilità civile della P.A. nel campo degli appalti pubblici, rispetto al quale il giudice comunitario ha mostrato di confermare l'orientamento invalso già a partire dalla pronuncia resa in occasione del caso *Brasserie du pêcheur – Factortame* (CGE 5 marzo 1996, Cause riunite C-46/93 e C-48/93), secondo cui si deve configurare la responsabilità in senso oggettivo, atteso che il rimedio risarcitorio contemplato 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.

In questo modo si conferisce massima importanza ai principi di equivalenza e, soprattutto, di effettività, garantendo nel contempo in tutto il territorio dell'Unione un'uniforme disciplina degli appalti pubblici.

L'effettività del comando normativo non viene perseguita attraverso prescrizioni di regolazione dei procedimenti amministrativi, ma avviene attraverso il versante delle garanzie, giurisdizionali o paragiurisdizionali: la direttiva 89/665, nei suoi considerando (e ancor più le successive direttive di codificazione attualmente vigenti, nonché la nuova direttiva ricorsi 66/2007/CE), rilevano l'assenza, sia sul piano dei diritti nazionali che su quello del diritto comunitario, di adeguati strumenti di garanzia dell'applicazione effettiva della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, determinando un freno alla partecipazione delle imprese comunitarie alle gare e, dunque, incidendo sulla libera circolazione dei servizi.

Il fatto che manchino rimedi validi ed efficaci avverso le violazioni del diritto comunitario riduce la concorrenza comunitaria e determina un allontanamento dai fini del Trattato, improntata in questo settore ai principi della massima concorrenza e della non discriminazione.

La disciplina comunitaria della concorrenza è rivolta, infatti, essenzialmente alla tutela delle posizioni soggettive delle imprese, cui dovrebbe corrispondere in capo alla Pubblica Amministrazione l'obbligo di tenere un corretto comportamento verso i concorrenti alle gare pubbliche; tale intento rischierebbe con ogni probabilità di essere frustrato da una disciplina nazionale che subordinasse l'ottenimento del risarcimento dei danni, da parte dell'offerente offeso, al previo positivo riscontro dell'elemento soggettivo della responsabilità della Pubblica Amministrazione.

L'ordinamento comunitario dimostra che ciò che rileva è l'ingiustizia del danno e non l'elemento della colpevolezza; 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.

In questo processo di astrazione è inevitabile che i principi di diritto interno vengano sostituiti

da principi caratterizzati da più larga acquisizione, poiché il ravvicinamento e l'armonizzazione normativa premia il principio maggiormente condiviso, come è quello della responsabilità piena della P.A. senza aree di franchigia.

Peraltro, l'assenza, nella disciplina comunitaria degli appalti, di qualsivoglia riferimento ad un'indagine in ordine all'elemento soggettivo della responsabilità, lungi dall'essere una dimenticanza, si spiega ponendo mente al fatto che, di norma, la via del risarcimento per equivalente viene percorsa qualora risulti preclusa quella della tutela in forma specifica; la reintegrazione in forma specifica rappresenta, peraltro, in ambito amministrativo l'obiettivo tendenzialmente primario da perseguire e il risarcimento per equivalente costituisce invece una misura residuale, di norma subordinata all'impossibilità parziale o totale di giungere alla correzione del potere amministrativo, come dimostra, d'altra parte, anche la vicenda giurisprudenziale e normativa relativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto, come da ultimo risolta per effetto del d. lgs. n. 53-2010, le cui previsioni sono confluite nel Codice del processo amministrativo agli artt. 121 e ss.

In tal modo, dunque, il ricorrente che non ottiene direttamente il bene della vita a cui aspira, ossia la riedizione della gara o l'aggiudicazione definitiva può aspirare alla monetizzazione del pregiudizio subito; se, tuttavia, anche tale ultima via di ristoro venisse resa impraticabile o assolutamente impervia, il privato rischierebbe di restare sprovvisto di qualsiasi forma di tutela. Quanto prefigurato è esattamente ciò che accade qualora una normativa nazionale subordini il risarcimento del danno al positivo riscontro della colpa della stazione appaltante.

D'altra parte, anche in applicazione del metodo della natura delle cose, proposto da autorevole dottrina come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti, è la normativa sulla responsabilità che deve modellarsi sulla natura della cosa, nel caso sull'esistenza del danno, non è la normativa che può individuare i presupposti per la risarcibilità del danno, poiché è il danno, come fattore oggettivamente esistente, infatti, che deve legittimare il risarcimento; ciò porta a ritenere 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.

Nel caso di specie, superata in questo modo la questione della colpa da cui si può, dunque, prescindere per configurare la risarcibilità dei danni per equivalente in materia di appalti pubblici, il Collegio ritiene sussistenti anche tutte le altre componenti dell'illecito 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.

In concreto, sotto il profilo della quantificazione del danno, poiché l'originario affidamento avrebbe dovuto coprire trentasei mesi, nella parentesi temporale tra il 15 giugno 2007 e il 15 giugno 2010 e poiché per circa ventotto mesi, dal giugno 2007 all'ottobre 2009, il servizio è stato svolto in forza dell'illegittima originaria aggiudicazione, tale ultimo periodo costituisce il parametro per la liquidazione dei danni; danni che sono rappresentati, dunque, dal mancato utile conseguito in questo periodo dall'appellante che non ha potuto svolgere il servizio per effetto dell'illegittima aggiudicazione a terzi.

A nulla rileva, come invece eccepisce il Comune, che altri ricorrenti non abbiano interposto appello all'originaria sentenza del TAR, poiché ciò che è centrale nel configurare l'ingiustizia del danno nel caso di specie è rappresentato dall'annullamento dell'aggiudicazione conseguente all'accertamento dell'illegittimità degli atti, a prescindere dalle condotte di acquiescenza di soggetti terzi che non incidono sulla posizione dell'appellante e, quindi, sulla



misura del risarcimento del danno ad esso spettante.

Tale parametro (giugno 2007 all'ottobre 2009) deve esser ridotto di un mese, poiché il primo mese è stato svolto dall'odierna appellante in regime di proroga.

Non rileva, invece, il fatto, eccepito dal Comune, che dal 14 giugno 2010, giorno di prevista scadenza dell'appalto in questione, All System abbia continuato ad effettuare il servizio di sorveglianza oggetto della sentenza appellata ininterrottamente fino al 30 aprile 2012, atteso che tale periodo non risulta attribuito a fini di ristoro e, comunque, anche se lo fosse stato, rappresenta un'attribuzione illegittima poiché effettuata senza la necessaria procedura di gara, con conseguente configurabilità di un'illegittimità amministrativa e di un conseguente possibile illecito contabile.

Inoltre, in sede di determinazione del quantum risarcitorio, esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, non essendo oggetto di applicazione automatica e indifferenziata, è necessaria la prova, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, prova desumibile in primis dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara; tale principio trova, infatti, conferma nell'art. 124 del codice del processo amministrativo che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno (per equivalente) subito e provato.

Occorre, quindi, verificare se parte ricorrente ha rispettato il principio basilare sancito dall'art. 2697 c.c., secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda: come noto, il diritto entra nel processo attraverso le prove, che devono avere ad oggetto circostanze di fatto precise, e si debbono disattendere le domande risarcitorie formulate in maniera del tutto generica, senza alcuna allegazione degli elementi presupposti.

Il Collegio ritiene di sciogliere positivamente il quesito, poiché gli elementi prodotti in giudizio sono sufficienti ad emettere una pronuncia che statuisca sul quantum spettante a titolo di riparazione pecuniaria, ai fini della formulazione della proposta risarcitoria da parte del Comune e l'eventuale raggiungimento di un accordo con la ricorrente ex art. 34, comma 4, c.p.a.

In particolare la stazione appaltante dovrà:

- attenersi all'offerta economica presentata dall'appellante in sede di gara;
- valorizzare sul punto l'elaborato contenente le giustificazioni delle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo esibito;
- tenere in particolare conto di tutte le spese sostenute e sostenibili;
- determinare il margine di guadagno che residua dopo l'applicazione del ribasso indicato in sede di gara, anche in relazione all'utile conseguito in concreto nei mesi in cui l'appellante ha potuto gestire il servizio.

Il suddetto parametro deve, comunque, essere ridotto in considerazione del fatto che, nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di appalto pubblico e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, come nella specie, il mancato utile spetta nella misura integrale solo se si dimostra di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione.

In difetto di tale dimostrazione, che compete comunque al concorrente fornire, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi e da qui la decurtazione del risarcimento di una misura a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum, considerato anche che, ai sensi dell'art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno (cfr. Consiglio di Stato, questa Sezione, 20 aprile 2012, n. 2317).

Pertanto, è pienamente ragionevole stabilire una detrazione dal risarcimento del mancato utile nella misura del 50%.

Quanto alla residua questione relativa alla deroga pattizia all'entità degli interessi per ritardato pagamento, il Collegio rileva che effettivamente tale deroga, in quanto contrastante con l'art. 7 del d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, è nulla e tale nullità può essere rilevata d'ufficio incidentalmente ai fini di stabilire l'entità del risarcimento del danno e, in particolare la sussistenza e l'entità della mora che, nella responsabilità aquiliana è prevista dall'art. 1219 c.c.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto, con conseguente risarcimento del danno ai sensi della motivazione, maggiorato di interessi e rivalutazione.

Per liquidare l'obbligazione di risarcimento del danno da fatto illecito, infatti, il giudice deve effettuare una duplice operazione; innanzitutto va reintegrato il danneggiato nella stessa situazione patrimoniale nella quale si sarebbe trovato se il danno non fosse stato prodotto, dovendosi così provvedere alla rivalutazione del credito, cioè alla trasformazione dell'importo del credito originario in valori monetari correnti alla data in cui è compiuta la liquidazione giudiziale; normalmente questa operazione viene effettuata avvalendosi del coefficiente di rivalutazione elaborato dall'Istat, applicando l'indice dei prezzi al consumo per famiglie di operai e impiegati, se non dimostrato un diverso indice di rivalutazione.

In secondo luogo, dovrà calcolarsi il cd. danno da ritardo, utilizzando il metodo consistente nell'attribuzione degli interessi (c.d. compensativi), da calcolare secondo i criteri già fissati dalla Corte di Cassazione (sentenza n. 1712/95), secondo cui gli interessi (ad un tasso non necessariamente corrispondente a quello legale) vanno calcolati dalla data del fatto non sulla somma complessiva rivalutata alla data della liquidazione, bensì sulla somma originaria rivalutata anno dopo anno, cioè con riferimento ai singoli momenti con riguardo ai quali la predetta somma si incrementa nominalmente in base agli indici di rivalutazione monetaria.

Le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, condanna il Comune resistente al pagamento delle somme indicate in motivazione a titolo di risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a.

Condanna il Comune appellato alla rifusione delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio, spese che liquida in euro 8.000,00, oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere



Carlo Schilardi, Consigliere  
Raffaele Prospero, Consigliere

## BREVI ANNOTAZIONI

### L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Il Consiglio di Stato, con la pronuncia che si annota, arricchisce di interessanti argomentazioni i recenti arresti della giurisprudenza comunitaria, la quale ha ricostruito in termini oggettivi la responsabilità della p.a. in materia di appalti pubblici, escludendo la rilevanza, ai fini risarcitori, dell'elemento soggettivo dell'illecito.

### IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La pronuncia della Quinta Sezione richiama tutte le **fondamentali tappe** che hanno portato all'affermazione di una responsabilità oggettiva in capo alla p.a. in materia di appalti pubblici, così riassumibili:

- l'orientamento della giurisprudenza nazionale precedente alla sentenza delle Sezioni Unite, 22 luglio 1999, n. 500 che ravvisava una colpa *in re ipsa*;
- il *revirement* della Cassazione con la sentenza, n. 500/1999, ad avviso della quale l'accertamento dell'elemento soggettivo della p.a. è una componente essenziale della verifica dell'illecito da illegittimo esercizio della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.;
- la giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93; 14 ottobre 2004, C-275/03; 30 settembre 2010, C-314/09) che in materia di appalti pubblici ha teso sempre più a configurare una responsabilità oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente da parte della p.a.

Pertanto, è regola comunitaria quella secondo cui in materia di appalti pubblici, da un lato, **non può gravare sul ricorrente danneggiato l'onere di provare che il danno derivante dal provvedimento amministrativo illegittimo sia conseguenza di una colpa dell'Amministrazione**; dall'altro lato, **non può l'Amministrazione sottrarsi all'obbligo di risarcire i danni cagionati da un suo provvedimento illegittimo adducendo l'inesistenza a proprio carico di elementi di dolo o di colpa**.

In altre parole, la regola comunitaria vigente nella materia *de qua* per avere assunto provvedimenti illegittimi lesivi di interessi legittimi **configura 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 in parola. 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 di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, non fosse altro che per il richiamo che ad essi viene fatto dal nostro legislatore nel Codice degli appalti.

Il Collegio arricchisce gli approdi della giurisprudenza comunitaria di alcune argomentazioni e motivazioni.

La regola della responsabilità oggettiva si giustifica, innanzitutto, alla luce dei **principi di equivalenza** (le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna) e, **soprattutto, di effettività** (le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento).

Inoltre, in tal modo viene garantita in tutto il territorio dell'Unione un'**uniforme disciplina degli appalti pubblici** e tutelata la **disciplina comunitaria della concorrenza**.

E ancora, la natura oggettiva della responsabilità della p.a. in questa materia si spiega in base al **rapporto tra la tutela in forma specifica e tutela per equivalente dell'interesse all'aggiudicazione** come oggi posto dall'art. 124 c.p.a.: *“la reintegrazione in forma specifica rappresenta, peraltro, in ambito amministrativo l'obiettivo tendenzialmente primario da perseguire e il risarcimento per equivalente costituisce invece una misura residuale”*. Qualora non venga riconosciuta la tutela in forma specifica, il ricorrente può aspirare alla monetizzazione del pregiudizio subito; se, tuttavia, anche tale ultima via di ristoro venisse resa impraticabile o assolutamente impervia (subordinando il risarcimento alla colpa della p.a.), il privato rischierebbe di restare sprovvisto di qualsiasi forma di tutela.

Ultimo argomento riportato dalla pronuncia in esame è quello che richiama il c.d. **metodo della natura delle cose**, secondo cui *“è la normativa sulla responsabilità che deve modellarsi sulla natura della cosa, nel caso sull'esistenza del danno, non è la normativa che può individuare i presupposti per la risarcibilità del danno, poiché è il danno, come fattore oggettivamente esistente, infatti, che deve legittimare il risarcimento; ciò porta a ritenere 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”*.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La configurazione della responsabilità della p.a. in materia di appalti pubblici alla stregua di una responsabilità in senso oggettivo, così come delineata dal consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria, è rigorosamente accolta e approfonditamente argomentata dalla sentenza in commento.

Vi sono, tuttavia, recenti pronunce che in un certo senso sembrano stemperare la rigidità di quest'ultima impostazione.

Si confronti, a titolo esemplificativo, Cons. St., Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2256 secondo cui: *“Il Collegio reputa doveroso premettere all'esame del motivo il principio stabilito dalla Corte di Giustizia Ce nella sentenza 30 settembre 2010 n. C-314/09, secondo cui nella materia dei contratti pubblici non vi è alcuna necessità di accertare la componente soggettiva dell'illecito commesso da un'amministrazione aggiudicatrice in una procedura di affidamento. Peraltro,*

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 subiecta 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, implicante un'indagine sul grado di chiarezza e precisione delle norme violate".

## PERCORSO BIBLIOGRAFICO

Per un approfondimento sulla tematica della colpa della p.a.: F. Bonamassa, *L'accertamento della colpa nella responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, Ed. Dike, n. 1/2012, pp. 151 e ss.; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo: I. La responsabilità della pubblica amministrazione*, Ed. Dike, 2012, pp. 257 ss.; D. Satullo, *Responsabilità? della P.A. ed elemento soggettivo tra giurisprudenza nazionale e Corte di Giustizia*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, Ed. Dike, n. 4/2012, pp. 137 ss.

Per un commento alla pronuncia della Corte di Giustizia, Sez. III, 30 settembre 2010, n. 314 e, in particolare, del rapporto tra il rimedio della tutela per equivalente e della tutela in forma specifica alla luce dell'affermazione del rilievo oggettivo della responsabilità dell'amministrazione: R. Giovagnoli, *Tutela in forma specifica e tutela per equivalente dell'interesse all'aggiudicazione*, in *Urb. e Appalti*, 2011, 4, 398.

Si richiama, infine, F. Merusi, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1/1997, la cui teoria dell'applicazione del metodo della natura delle cose quale criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti viene utilizzata, come argomento giustificativo della responsabilità oggettiva, dalla sentenza del Consiglio di Stato che si annota.