

L'onere della prova in tema di illegittima aggiudicazione di appalti pubblici e il recente orientamento della Corte di Giustizia

(Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 8 novembre 2012 n. 5686)

*Antonio Vincenzo Castorina**

SOMMARIO : 1. Premessa - 2. I tentativi della giurisprudenza di invertire l'onere probatorio tramite il criterio delle presunzioni semplici - 3. L'imprescindibilità dell'elemento soggettivo nelle ipotesi di responsabilità amministrativa elaborate dalla dottrina - 4. L'irrelevanza dell'accertamento della colpa in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici - 5. Conclusioni.

1. Premessa.

L'evoluzione giurisprudenziale, la codificazione del diritto processuale amministrativo ed in particolare le spinte comunitarie hanno dato nuovo impulso allo storico dibattito circa la natura della responsabilità da lesione di interessi legittimi. La pronuncia in commento rappresenta l'ennesima indicazione che i tempi sono maturi per nuove considerazioni sulla responsabilità della pubblica amministrazione a seguito di illegittima attività provvedimentale.

Il tema della responsabilità della pubblica amministrazione costituisce certamente un elemento per comprendere il fenomeno di c.d. destatalizzazione (1) che investe il diritto amministrativo nazionale, poiché, come è noto, gli ordinamenti amministrativi si aprono, oltre che al diritto comunitario, ai diritti amministrativi degli altri Paesi membri dell'Unione Europea. Ciò comporta che tale fenomeno, da un lato tende a rendere più completa ed efficace la tutela dei diritti dei singoli lesi da attività illecite poste in essere dalle istituzioni comunitarie e nazionali, dall'altro tende a promuovere l'armonizzazione dei regimi vigenti negli ordinamenti nazionali.

L'intento della giurisprudenza comunitaria consistente nel garantire una tutela più rigorosa ed effettiva in una materia in cui sono in gioco i valori della concorrenza e della trasparenza del mercato, appare in evidente contrasto con il tentativo compiuto dalla giurisprudenza amministrativa nazionale, tramite il ricorso al meccanismo delle presunzioni semplici, di coniugare l'approccio comunitario con i tradizionali principi in materia di illecito.

In tale solco si colloca la sentenza in commento che riguarda una controversia concernente l'aggiudicazione di un appalto di servizio di sorveglianza.

È necessario premettere che il Tar Lombardia, Milano, sez. I, con sentenza n. 1811 del 14 giugno 2010 aveva in parte respinto il ricorso volto ad

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) M. RENNA - F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 286.

ottenere il risarcimento in forma specifica o, in subordine, per equivalente in relazione ai pregiudizi patiti a causa dell'illegitima mancata aggiudicazione della procedura concorsuale indetta dal comune di Milano avente ad oggetto il servizio di sorveglianza presso il Palazzo di Giustizia, nonché per l'annullamento degli atti connessi, con i quali l'amministrazione si era limitata a reintegrare parte ricorrente solo per il periodo residuale di otto mesi.

Il Tar, respingendo il ricorso, aveva osservato che dall'andamento degli avvenimenti succedutisi non poteva rinvenirsi in capo all'Amministrazione la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa, indispensabile al fine della configurazione dell'imputazione di responsabilità civile nei confronti della stessa.

Il giudice di Palazzo Spada ha riformato tale decisione, argomentando proprio in base alle indicazioni contenute nella sentenza della Corte di Giustizia 30 settembre 2010 C-314/09 ove si afferma che la vigente disciplina dell'aggiudicazione degli appalti di lavori, forniture e 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.

Tale fenomeno sembra inquadrabile nel c.d. *spill over effect*, ovvero quel processo di spontanea imitazione che vede i giudici nazionali porre a fondamento delle proprie decisioni le pronunce della giurisprudenza europea (2).

Il dibattito è quindi incentrato sull'ammissibilità dell'interpretazione che, in materia di illegittima aggiudicazione di una gara di appalto, ascrive la responsabilità alla pubblica amministrazione basandosi sulla mera illegittimità dell'atto amministrativo e non già sulla prova della colpa o dolo, reintroducendo in via interpretativa il principio della *culpa in re ipsa* fondato sul rilievo che la mera adozione di un provvedimento illegittimo, da parte di un soggetto dotato di capacità istituzionale e di competenza funzionale ad operare nel settore di riferimento, comporta la consapevole violazione di leggi, regolamenti o norme di condotta non scritte nella quale si risolve la colpa.

2. I tentativi della giurisprudenza di invertire l'onere probatorio tramite il criterio delle presunzioni semplici.

Sin dal momento in cui è stata ammessa anche per l'attività di diritto pubblico la responsabilità, il problema che la stessa determina in relazione alla pubblica amministrazione si è sempre rilevato di difficile soluzione (3).

Come noto, la giurisprudenza nazionale escludeva che la lesione di interessi legittimi fosse idonea ad originare obbligazioni risarcitorie degli apparati

(2) A. FORMICA, *L'onere della prova in materia di colpa della pubblica amministrazione: le ricadute sulla giurisprudenza nazionale degli orientamenti della corte di giustizia delle comunità europee*, in www.giustamm.it.

(3) E. CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 637.

pubblici anche in ragione della difficoltà di applicare alla pubblica amministrazione la disciplina codicistica della responsabilità civile ordinaria, incentrata sul profilo della colpa, intesa quale coefficiente psicologico difficilmente adattabile ad una organizzazione.

Per superare tale ostacolo parte della dottrina aveva proposto la costruzione di una autonoma fattispecie di responsabilità, c.d. speciale, svincolata dall'elemento soggettivo di dolo e della colpa. Si prospettava quindi un'ipotesi di responsabilità obbiettiva, fondata sull'elemento oggettivo della illegittimità della condotta (4).

La giurisprudenza non seguì l'interpretazione proposta dalla dottrina ma ribadì la natura civilistica, sottolineando come la pubblica amministrazione in tema di responsabilità è soggetta alle norme comuni a tutti i soggetti dell'ordinamento. La tesi della presunzione assoluta di colpa, proposta dalla dottrina, si risolveva quindi nell'ingiusta assegnazione all'amministrazione di un trattamento deteriore rispetto a quello degli altri soggetti di diritto.

È evidente come l'impostazione adottata dalla Cassazione si scontri con l'estrema difficoltà, per il ricorrente, di provare la colpa della pubblica amministrazione, in considerazione del fatto che, nella specie, non opera il principio di vicinanza della prova, poiché l'onere probatorio è posto a carico della parte che normalmente non dispone degli elementi di prova sufficienti a soddisfare il principio di cui all'art. 2697 c.c.

Per tale ragione la giurisprudenza (5) ha accolto la regola del cd. principio dispositivo con metodo acquisitivo (6). Le ragioni di una tale impostazione risiedono nella disparità sostanziale e dunque, processuale, tra le "parti" del rapporto di diritto pubblico: da un lato l'amministrazione, dotata di poteri autoritativi e dall'altro il ricorrente, in situazione di soggezione che si traduce nella impossibilità di avere a disposizione tutto il materiale probatorio idoneo per la definizione della lite. L'illegittimità dell'atto può emergere dall'esame degli accertamenti istruttori espletati dalla pubblica amministrazione nella fase procedimentale, le cui risultanze restano nella sua disponibilità, con la conseguenza che elementi probatori, anche essenziali, potrebbero non essere facilmente reperibili dal ricorrente (7).

La giurisprudenza prevalente (8), fermo restando il carattere aquiliano della responsabilità amministrativa, facendo ricorso al meccanismo delle presunzioni

(4) F. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 722.

(5) T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, Sez. I, 11 luglio 2012 n. 220; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 24 aprile 2012 n. 1942; Cons. St., Sez. IV, 11 febbraio 2011 n. 924, in www.dejure.it.

(6) A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2012, pag. 2061.

(7) DÈSIRÈE ZONNO, *I poteri del giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova.*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(8) Cons. St., Sez. IV, 31 gennaio 2012 n. 482; Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8549; Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2010, n. 2384; Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4242. in www.dejure.it.

semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., è giunta ad affermare che l'illegittimità del provvedimento amministrativo costituisce un indice presuntivo di colpevolezza, da considerare unitamente ad altri quali il grado di chiarezza della normativa applicabile, la semplicità del fatto, il carattere pacifico della questione esaminata, il carattere vincolato o a bassa discrezionalità dell'azione amministrativa.

Seguendo questo orientamento, se non a una vera e propria sua inversione, si è pervenuti a un sostanziale alleggerimento dell'onere probatorio incombente sul privato in forza del quale una volta accertata l'illegittimità dell'azione della pubblica amministrazione, è a quest'ultima che spetta di provare l'assenza di colpa (9) attraverso la deduzione di circostanze integranti gli estremi del c.d. errore scusabile, ovvero l'inesigibilità di una condotta alternativa lecita.

La giurisprudenza amministrativa giunge quindi al risultato di semplificare il quadro probatorio della parte ricorrente in punto di elemento soggettivo, consentendo al privato danneggiato di adempiere all'onere della prova imposto dall'art. 2697 c.c. mediante elementi da cui presumere la colpa. A sua volta, l'Amministrazione può dimostrare la mancanza di colpa fornendo a suo scarico degli elementi riconducibili allo schema dell'errore scusabile (10).

Trattasi, tuttavia, di una soluzione che tende a parificare elementi della responsabilità contrattuale con quella extracontrattuale. La giurisprudenza (11) infatti, nel tentativo di attenuare l'onere probatorio gravante sull'amministrato, ha affermato che l'illegittimità di un provvedimento produttivo di un danno ingiusto può essere sufficiente a far sussistere l'agire colposo della pubblica amministrazione laddove in base al contesto normativo vi sia un vizio di legittimità particolarmente grave, formulando di fatto una nozione quasi oggettiva di colpa (12).

3. L'imprescindibilità dell'elemento soggettivo nelle ipotesi di responsabilità amministrativa elaborate dalla dottrina.

A seguito della sent. 500/99, la giurisprudenza maggioritaria, pur esaminando la configurazione della colpa e il relativo onere probatorio, non ha mai messo in dubbio la natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione conseguente all'illegittima attività provvedimentale, fondata quindi sulla responsabilità extracontrattuale.

È tuttavia opportuno ricordare i differenti orientamenti dottrinali in tema, accolti parzialmente dalla giurisprudenza, poiché come è noto il regime dell'onere della prova si manifesta in modo diverso a seconda che si discuta di

(9) F. CORTESE, *L'accertamento della colpa della p.a. nella fattispecie di danno da provvedimento illegittimo: il giudice amministrativo in equilibrio tra diritto interno e diritto europeo*, in *www.dejure.it*.

(10) S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2008, pag. 493.

(11) Cons. St. Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, in *www.dejure.it*.

(12) M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, pag. 288.

responsabilità precontrattuale, extracontrattuale o contrattuale.

L'orientamento giurisprudenziale (13) e dottrinale (14) che accoglie la tesi della responsabilità precontrattuale fonda la propria teoria sull'art. 1337 c.c., ovvero nel rispetto del principio di buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Più precisamente la buona fede, intesa in senso oggettivo, è espressione del principio di solidarietà contrattuale nella duplice accezione, negativa come dovere di astenersi da qualsiasi condotta lesiva dell'interesse altrui, e positiva, come dovere di salvaguardare nei limiti di un apprezzabile sacrificio gli interessi della controparte, sicché si ritiene che dal fatto giuridico dell'instaurazione fra le parti delle trattative contrattuali discende *ex lege* l'obbligazione di buona fede (oggettiva) dal cui inadempimento deriva il risarcimento del danno ex 1218 c.c..

Differente orientamento (15) basa i propri convincimenti invece sul presupposto che la pubblica amministrazione, rispetto a un privato, non possa considerarsi come il "c.d. terzo qualunque" poiché il provvedimento amministrativo lesivo è preceduto dal rapporto giuridico che si instaura tra cittadino ed amministrazione nel corso del procedimento amministrativo, così come regolato dalla l. 241/90. In base a tale interpretazione, c.d. "da contatto amministrativo qualificato", la responsabilità andrebbe condotta nell'ambito della c.d. responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. Questo indirizzo dottrinale afferma che il cittadino di fronte all'attività autoritativa dell'amministrazione vanta, se non un diritto al conseguimento di un bene della vita almeno una pretesa che la pubblica amministrazione agisca nel rispetto delle regole che devono scandire l'attività procedimentale; si configura in tal modo una responsabilità per violazione dei c.d. obblighi di protezione, senza obbligo primario di prestazione. La fonte di questi obblighi viene individuata nell'ultima parte dell'art. 1173 c.c. che sancisce l'atipicità delle fonti delle obbligazioni rinviando ad ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, in particolare il procedimento amministrativo costituirebbe il fatto generatore di obblighi di protezione in capo alla pubblica amministrazione.

Secondo invece una interpretazione più decisa, l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa configura l'inadempimento di un'obbligazione avente a oggetto una vera e propria prestazione. Si afferma quindi che oltre a uno specifico obbligo di correttezza, diretta applicazione del principio di imparzialità, sulla pubblica amministrazione gravano specifici obblighi di prestazione coincidenti con le singole fasi scandite dalla legge sul procedimento amministrativo.

Entrambe le soluzioni esposte, ovvero sia la responsabilità precontrattuale

(13) Cons. St. Sez. V, 30 dicembre 2011, n. 7000.

(14) P. FAVA, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 374.

(15) T.A.R. Palermo, Sicilia, Sez. II, 26 giugno 2012, n.1300; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 5 giugno 2012 n. 2646; Cons. St., Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 829, in *www.dejure.it*.

che contrattuale, convengono tuttavia, anche se attraverso strade differenti, nel ricondurre la responsabilità all'art. 1218. c.c. giungendo dunque a una medesima disciplina in tema di onere della prova. Ad ogni modo, qualsiasi sia la natura riconosciuta alla responsabilità della pubblica amministrazione, rimane immutata la circostanza che essa non possa prescindere dalla sussistenza dell'elemento soggettivo, presente in ciascuna delle esaminate ipotesi di responsabilità.

Come precedentemente accennato, l'orientamento dominante in giurisprudenza e in dottrina (16) è quello che configura la responsabilità della pubblica amministrazione come aquiliana.

Nel caso di specie, tale impostazione è stata accolta dal giudice di primo grado il quale aveva affermato che la responsabilità civile della pubblica amministrazione, pur presentando connotazioni di specialità, sia in relazione alla qualificazione pubblica ed autoritativa del soggetto agente che in considerazione della natura pubblica degli interessi sottesi all'esplicazione della funzione amministrativa, deve essere ricompresa nello schema generale della responsabilità civile aquiliana.

Il giudicante specificava inoltre 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, identificata 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.

Secondo il costante orientamento che si ricava dalle più recenti decisioni in tema di responsabilità civile della pubblica amministrazione, 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 cioè la lesione della situazione soggettiva tutelata, la colpa dell'amministrazione, l'esistenza di un danno patrimoniale e la sussistenza di un nesso causale tra l'illecito ed il danno subito e, riguardo all'elemento soggettivo, è indispensabile accedere ad una nozione di tipo oggettivo, che tenga conto dei vizi che inficiano il provvedimento, nonché, della gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali ad essa rimesse e dei precedenti giurisprudenziali.

La responsabilità va 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

(16) S. PUDDU, *Colpa dell'apparato e rapporto procedimentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, pag. 75.

contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto.

4. L'irrilevanza dell'accertamento della colpa in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici.

In posizione di rottura rispetto all'orientamento della giurisprudenza nazionale dominante è invece la decisione del Consiglio di Stato sez. V n. 5686/2012 che, recependo la giurisprudenza europea, stravolge l'impostazione tipica della responsabilità in tema di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti di pubblici lavori, servizi e forniture.

Il giudicante richiama la pronuncia emessa dalla Terza Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in data 30 settembre 2010, C314/09 secondo cui la vigente normativa che regola le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti non consente che il diritto ad ottenere il risarcimento danno da una Amministrazione pubblica che abbia violato le norme sulla disciplina degli appalti sia subordinata al carattere colpevole di tale violazione.

In particolare la Corte di Giustizia, confermando un indirizzo già manifestato in ambito europeo (17), precisa che il principio di effettività delle garanzie è soddisfatto soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata all'accertamento dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, poiché nel momento in cui si consente di vincere la presunzione di colpevolezza su essa gravante, emerge l'evidente pericolo che il soggetto danneggiato da una decisione illegittima 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.

In altri termini, a parere della Corte di Giustizia, la regola comunitaria, prevista dall'art. 2. n. 1, lett. c) nonché dal sesto "considerando" dell'originaria direttiva 89/665/89 CEE, fondata sull'effettiva tutela degli interessi delle imprese nel settore degli appalti pubblici, configura una responsabilità non avente natura né extracontrattuale né contrattuale ma oggettiva, quindi fondata sulla mera illegittimità del provvedimento amministrativo. Emerge quindi che nelle norme appena richiamate non viene in alcun modo indicato che la violazione delle norme sugli appalti pubblici rivolta ad ottenere il risarcimento del danno a favore di colui che ha subito un pregiudizio debba presentare caratteristiche particolari, quale è quella di essere connessa ad una colpa, provata o presunta, dell'amministrazione.

Da ciò deriva, da un lato, che non può gravare su colui che ha subito un pregiudizio l'onere di provare che il danno proveniente dal provvedimento

(17) Corte di Giustizia 14 ottobre 2004, C275/03, in www.eur-lex.europa.eu.

illegittimo sia conseguenza di una colpa dell'Amministrazione, dall'altro che non possa l'amministrazione sottrarsi all'obbligo di risarcire il danno cagionato da un suo provvedimento illegittimo adducendo l'inesistenza a proprio carico dell'elemento del dolo o della colpa.

Il rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, e in particolare il tentativo di uniformare la disciplina europea in tema di appalti, nel caso in cui tale indirizzo non fosse recepito dal giudice nazionale, rischierebbe di essere svuotato da un inquadramento nazionale che subordina l'ottenimento del risarcimento danni da parte del danneggiato al riscontro dell'elemento soggettivo della responsabilità della pubblica amministrazione.

Orbene, i giudici di Palazzo Spada, accolto l'orientamento sopra citato, sottolineano che il ricorrente che non ottiene direttamente il bene a cui aspira, ovvero la riedizione della gara di appalto, può legittimamente avanzare la richiesta di risarcimento per il danno subito. Se, tuttavia, in quest'ultima ipotesi si ammettesse la possibilità di provare l'assenza di colpa della pubblica amministrazione, è facilmente comprensibile come il privato rischierebbe di rimanere privo di qualsiasi tipo di tutela.

La decisione in esame, accolta dalla parte minoritaria della giurisprudenza (18) ispirata all'intento di garantire una tutela effettiva in una materia che investe i valori della concorrenza e della trasparenza del mercato appare inconciliabile con il tentativo compiuto dalla giurisprudenza amministrativa, tramite lo strumento delle presunzioni semplici ritenute idonee a superare le limitazioni poste a livello europeo con la Dir. 89/665/CEE, di collegare l'approccio comunitario con i tradizionali principi in materia.

Parte della dottrina (19) ha osservato che il modello di responsabilità appena delineato dovrebbe applicarsi esclusivamente al settore disciplinato dalle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, ovvero le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, come chiarito dal terzo considerando della Dir. 89/665/CEE che specifica come l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un'implementazione degli strumenti di tutela per il danneggiato, coerentemente con i principi di trasparenza e non discriminazione. L'obiettivo che si pone a fondamento di tali disposizioni è quello di garantire l'effettività delle regole comunitarie sulla concorrenza attraverso ricorsi rapidi ed efficaci.

Secondo un'opposta opinione (20), invece, le procedure di affidamento dei contratti pubblici non sono così diverse dalle procedure concorsuali per

(18) Cons. St., Sez. V, 24 febbraio 2011 n. 1993; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 5 aprile 2011 n. 98; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 9 settembre 2011 n. 4371; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 19 ottobre 2011 n. 2493, in www.dejure.it.

(19) CIMINI, *op. cit.* in www.giustamm.it.

(20) GUIDO VELTRI, *La parabola della colpa nella responsabilità da provvedimento illegittimo: riflessioni a seguito del codice del processo e della recente giurisprudenza.* in www.studiolegaleriva.it.

l'assunzione del personale a tal punto da giustificare la ragionevole persistenza di un modello differenziato di responsabilità rispetto alla generale azione della pubblica amministrazione ed alla tutela degli interessi legittimi negli altri settori dell'ordinamento. Si sostiene, quindi, che se la tutela deve essere accessibile, rapida ed effettiva, non sussiste motivo per circoscrivere tale garanzia esclusivamente a determinati ambiti.

A ben vedere, che la tutela risarcitoria in materia di appalti possa avere corsie preferenziali o differenziate in punto di effettività e celerità lo ha da subito affermato la giurisprudenza all'inizio della propria opera di delimitazione dell'ambito di applicazione dei riti speciali ed accelerati, chiarendo che "il rito accelerato si deve applicare quando la domanda proposta in giudizio, rientrando tra quelli di cui all'art. 23 bis, c. 1, L. n. 1034/1971, non abbia il mero risarcimento del danno, ma riguardi anche l'annullamento di atti amministrativi" (21).

Il Consiglio di Stato inoltre, per corroborare la tesi della natura oggettiva della responsabilità amministrativa, richiama il criterio della "natura delle cose" (22) come metodo di ricostruzione sistematica tra ordinamento nazionale e comunitario. Tale teoria, sostenuta da autorevole dottrina (23), ponendosi in antitesi con il formalismo e legalismo giuridico, afferma che l'armonizzazione del diritto comunitario debba avvenire attraverso la recezione della sfera economica e sociale dello strumento più idoneo a conseguire la finalità prefissata in rapporto ai criteri di uguaglianza e proporzionalità. Nel caso di specie viene quindi affermato che, è la normativa sulla responsabilità che deve modellarsi sulla natura delle cose nel caso di esistenza del danno, non è la normativa che può individuare i presupposti per la risarcibilità del danno, poiché il danno, come fattore oggettivamente esistente deve legittimare il risarcimento. Ciò comporta che ogni danno che sia conseguenza immediata e diretta della violazione di norme in tema di appalti, possa per ciò solo definirsi idoneo a legittimare un adeguato ristoro.

5. Conclusioni.

Sebbene la tesi della natura oggettiva della responsabilità da attività provvedimentale della pubblica amministrazione sia accolta dalla dottrina (24) è necessario ricordare che nel nostro ordinamento la regola vigente (art. 2043 c.c.) è fondata imprescindibilmente sul principio della colpa, inteso come cri-

(21) Cons. giust. amm. Sicilia Sez. giurisd. 14 settembre 2009, n. 788, in www.giustizia-amministrativa.it.

(22) M. PROTTO, *Il Rapporto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 134 in *Responsabilità civile e previdenza*.

(23) F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina degli appalti pubblici*, 1997, pag. 39. in *Riv. It. Dir. pubbl.*

(24) L. GAROFALO, *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'Amministrazione*, 2005, 1060 e ss. in *Urbanistica e Appalti*.

terio di imputazione della responsabilità per tutti i danni ingiusti che non trovano una specifica disposizione normativa.

Una nuova ipotesi di responsabilità necessiterebbe, quindi, di una espressa previsione legislativa, poiché se si escludono i riferimenti alle pronunce della Corte di Giustizia, non esiste nessuna norma che possa giustificare un differente trattamento nei confronti dell'amministrazione pubblica rispetto ai singoli cittadini, ammesso che anche qualora fosse presente sia compatibile con il principio di uguaglianza sancito dalla Costituzione all'art. 3.

Il testo del Trattato istitutivo della Comunità Europea, attualmente, non colloca le decisioni della Corte di Giustizia tra le fonti del diritto e non conferisce a queste ultime un'efficacia extraprocessuale sicché tale scelta necessita di una espressa norma, comunitaria o nazionale, e non può quindi essere affidata all'interprete, in particolare nei casi, come quello in esame, in cui l'orientamento adottato dal giudice di Lussemburgo si colloca in contrasto con l'indirizzo storicamente accolto dalla giurisprudenza nazionale maggioritaria.

La tutela della concorrenza, principio pacificamente riconosciuto in ambito europeo (25), richiamata dalla Corte di Giustizia per fondare il regime di responsabilità oggettiva, benché tutelato dalla nostra Costituzione all'art. 41, non può derogare al principio di uguaglianza poiché, come affermato dalla Corte Costituzionale (26), l'esercizio dei poteri normativi delegati all'Unione Europea trova un limite nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggiore tutela dei diritti inalienabili della persona.

L'art. 3 della Costituzione non può quindi essere derogato in quanto rientrante tra i principi inviolabili presenti nella nostra Costituzione, sicché la tesi che ammette una deroga al suddetto principio, consistente in un regime differenziato di responsabilità per la pubblica amministrazione, in favore della tutela della concorrenza non può, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, essere accolta.

Pertanto come notato da tempo da un'attenta dottrina (27) non sussiste alcuna valida ragione per escludere che i principi generali previsti dal codice civile in materia di obbligo di risarcimento per danno ingiusto si applichino anche alle Amministrazioni pubbliche, neppure quando il danno consegua ad una attività di diritto pubblico degli enti medesimi.

Differente dottrina (28) ritiene, al contrario di quanto sopra esposto, che il regime di responsabilità oggettiva, accolto parzialmente dalla giurisprudenza italiana a seguito dell'impulso fornito dal giudice di Lussemburgo, avrebbe

(25) Titolo VI, capo I, *Trattato Istitutivo della Comunità Europea*.

(26) Corte Costituzionale, 24 giugno 2010, n.227, in *cortecostituzionale.it*.

(27) E. CASSETTA, *L'illecito degli entri pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953, pag. 106 e ss.

(28) R. CAROCCIA, *Lo strano caso del legislatore statale in linea con le direttive europee*. in *www.giustamm.it*.

dovuto imporsi immediatamente dopo l'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo alla luce delle disposizioni nello stesso presenti.

In particolare si sottolinea che in virtù dell'art. 124 c.p.a. o il giudice accoglie la domanda di conseguire la aggiudicazione e il contratto, al verificarsi delle condizioni previste dagli artt. 121 c. 1 e 122, o nel caso di dichiarazione di inefficacia non doverosa, qualora non ritenga di comandare il subentro di questi nel rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione "*dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato*".

Il codice del processo amministrativo prevede dunque la possibilità di ottenere, da un lato, il conseguimento dell'aggiudicazione o del contratto, c.d. risarcimento in forma specifica, e dall'altro, nel caso in cui il giudice non concede il bene della vita a cui il ricorrente aspira, il risarcimento per equivalente.

Si nota immediatamente che, a differenza della disposizione prevista dall'art. 2043 c.c., la parola "danno" non è seguita dall'aggettivo "ingiusto", né sono presenti i parametri psicologici di qualsiasi *facere* antiggiuridico, ovvero "*doloso o colposo*".

Al contrario l'art. 2 *bis* della l. 241/90 che disciplina le conseguenze del ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento specifica esattamente il tipo di danno, ovvero "ingiusto", rendendo facilmente riconducibile alla responsabilità aquilina la disciplina prevista dalla legge sul procedimento amministrativo. Tale differenza di terminologia che si manifesta con il silenzio del legislatore nella previsione dell'art. 124 c.p.a., lungi dall'essere una dimenticanza, conduce a configurare l'articolo in questione come una vera e propria deroga all'ordinario principio di responsabilità amministrativa come configurato dalla sent. 500/99, e con ciò legittimando la tesi di una responsabilità svincolata dall'elemento soggettivo del dolo o colpa.

Inoltre è opportuno rilevare che la stessa *ratio* che si pone a fondamento della gara di appalto di forniture e servizi si fonda sull'individuazione dell'impresa più efficiente presente sul mercato, se tale intento non può essere realizzato a causa del cattivo esercizio del potere amministrativo spetta all'impresa pretermessa un risarcimento monetario.

Il rimedio per equivalente non costituisce perciò un rimedio risarcitorio in senso stretto ma una misura sostitutiva della tutela specifica, sostanziandosi nell'attribuzione del bene della vita in ragione del suo valore economico. In sostanza non si tratta di una domanda risarcitoria *tout court* ma dell'accoglimento della stessa domanda di esatto adempimento proposta dal ricorrente che chieda l'aggiudicazione del contratto, con la mera sostituzione del bene della vita in senso specifico con il suo surrogato economico (29).

Tale teoria non tiene tuttavia conto che numerosi sono gli inconvenienti di una responsabilità oggettiva. Certamente è importante tenere in considera-

(29) F. CARINGELLA, *Manuale di diritto Amministrativo*, VI edizione, Dike, Roma, 2012, p. 251.

zione l'insostenibile esborso economico a cui sarebbe soggetto lo Stato con conseguente paralisi dell'attività amministrativa (30).

Alla luce delle considerazioni fin qui condotte, pare ragionevole ritenere che nel nostro ordinamento la responsabilità della pubblica amministrazione per i danni cagionati da illegittimo esercizio della funzione non possa che rimanere attratta nell'orbita civilistica, almeno fino a quando non ci sarà una specifica disciplina legislativa che indichi un regime differente. Inoltre sarebbe difficilmente giustificabile, secondo i parametri costituzionali vigenti, una tutela risarcitoria dell'interesse legittimo che muta il punto di partenza, ovvero la natura giuridica extracontrattuale o oggettiva, in base alla materia oggetto della controversia.

Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 8 novembre 2012 n. 5686 - Pres. *ff.* Carlo Saltelli, Est. Paolo Giovanni Nicolò Lotti - All System S.p.A. in proprio e quale mandataria R.T.I. (avv. ti Alessandra Sandulli, Massimo Falsanisi e Roberto Invernizzi) c. Comune di Milano, (avv. ti Maria Rita Surano, Raffaele Izzo, Maria Teresa Maffey e Stefania Pagano).

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.

(30) S. CIMINI, *op. cit.* in www.giustamm.it.

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 provvedimentale, 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 – Factor-tame* (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 diret-

tiva 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, in-

fatti, 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 ope-

rai 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.