

Può quindi affermarsi la piena compatibilità con il diritto comunitario del prevalente orientamento giurisprudenziale interno secondo cui dall'illegittimità attizia possono desumersi elementi idonei a fondare a carico dell'Amministrazione una presunzione semplice di colpa, con conseguente attenuazione dell'onere probatorio posto a carico del soggetto leso, salva la possibilità per la stessa di reclamare la scusabilità dell'errore commesso. La prevalente giurisprudenza di questo Consiglio ritiene che la prova liberatoria in ordine al carattere scusabile dell'errore dell'Amministrazione che ha agito in modo illegittimo possa dirsi raggiunta (ad es.) in caso di contrasti giurisprudenziali circa l'interpretazione di norme giuridiche, di formulazioni polisense di disposizioni di recente emanazione, ovvero di rilevante complessità del fatto sotteso alla determinazione amministrativa

In tema di presunzione di responsabilità della Stazione Appaltante, onere della prova della scusabilità dell'agire pubblico e quantificazione del danno risarcibile

In presenza di un'attività illegittima posta in essere dall'Amministrazione e foriera di danno per il privato, quest'ultimo non sarà onerato di un particolare sforzo probatorio in ordine alla sussistenza di una condotta colposa da parte dell'Amministrazione, ben potendosi limitare ad allegare la sola illegittimità del provvedimento quale elemento idoneo a fondare una presunzione (semplice) circa la colpa della P.A. in tali ipotesi, spetterà quindi all'Amministrazione fornire la prova liberatoria a contrario, dimostrando in concreto che si sia trattato di un errore scusabile, configurabile - ad es. - in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, di formulazioni polisense di disposizioni di recente emanazione, ovvero di rilevante complessità del fatto sotteso alla determinazione amministrativa.. Del resto (anche a voler prescindere dal profilo - di per sé dirimente - della carenza nell'ambito del provvedimento di esclusione di una qualunque indicazione in ordine ai rilevati aspetti di difformità nella dichiarazione), il Collegio osserva che nessuno dei due profili comunque (ex post) presi in considerazione dal T.A.R. possa suffragare la richiamata tesi dell'errore scusabile. **Non appare ulteriormente dubitabile che l'esclusione a suo tempo disposta in danno dell'odierna appellante abbia rappresentato il frutto di un'attività amministrativa non solo illegittima, ma anche inescusabilmente colpevole, non avendo l'Amministrazione appellata fornito alcun elemento concreto idoneo a vincere la presunzione di colpa conseguente all'accertamento in sede giurisdizionale dell'illegittimità attizia.** Per quanto concerne la quantificazione del danno oggetto di ristoro, attesa la complessità delle operazioni connesse alla sua determinazione, il Collegio ritiene che nel caso di specie si possa fare proficuo ricorso al criterio di cui al comma 2 dell'art. 35, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80. Conseguentemente, il Collegio dispone che l'Ente appellato provveda, entro il termine di trenta giorni dalla notificazione o comunicazione della presente sentenza, a proporre in favore della soc. ricorrente. il pagamento di una somma che sarà determinata avendo riguardo ai seguenti criteri: a) il danno oggetto di ristoro dovrà essere determinato in base all'effettivo utile di impresa che la soc. ricorrente. avrebbe dedotto a seguito della gestione dell'appalto all'origine dei fatti di causa, attraverso un'analisi dei costi e dei ricavi attesi di impresa da determinare in contraddittorio fra le parti sulla base di elementi oggettivi, senza il ricorso a criteri presuntivi fondati sull'importo a base d'asta o sull'importo dell'offerta a suo tempo formulata; b) **l'importo in tal modo determinato dovrà essere decurtato del cinque per cento, non avendo l'impresa appellante dimostrato che, a cagione dell'illegittima condotta dell'Amministrazione, essa non ha potuto utilizzare i mezzi e le maestranze a propria disposizione per l'espletamento di altri appalti o lavorazioni** c) l'importo in tal modo determinato dovrà essere incrementato della rivalutazione monetaria e degli interessi sulle somme via via rivalutate, nei limiti di legge.

Merita di essere segnalata la decisione numero 775 del 13 febbraio 2009, inviata per la pubblicazione in data 20 febbraio 2009, emessa dal Consiglio di Stato:

Si osserva in primo luogo che l'errore dell'Amministrazione non potrebbe essere considerato scusabile laddove si ritenga (per altro, ora per allora, con inammissibile integrazione della motivazione ope iudicis) che l'esclusione fosse motivata dalla mancata menzione, nell'atto di autenticazione, dell'avvenuto ammonimento delle comminatorie penali per il caso di false e mendaci dichiarazioni (si tratta di un approccio fondato sul quarto comma dell'art. 26, l. 15 del 1968, cit. ed al quale il primo Giudice annette rilievo ai fini del decidere).

Ed infatti, la richiamata disposizione normativa non prevede in alcun modo che dell'avvenuta ammonizione debba darsi atto, a pena di invalidità, nell'ambito dell'autentica della sottoscrizione.

Del resto, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di osservare che in base alla l. 4 gennaio 1968 n. 15, in sede di autenticazione della sottoscrizione del privato, non è necessario che il pubblico ufficiale faccia menzione della circostanza di aver ammonito il dichiarante in ordine alle responsabilità penali per false dichiarazioni (in tal senso: Sez. IV, sent. 25 gennaio 1999, n. 61).

In secondo luogo, si osserva che l'errore dell'Amministrazione non potrebbe essere considerato scusabile neppure laddove si ritenga (di nuovo: ora per allora) che l'esclusione fosse motivata dalla mancata attestazione che la dichiarazione di parte privata fosse stata (non solo sottoscritta, ma anche) resa alla presenza del pubblico ufficiale (si tratta, anche in questo caso, di un approccio espressamente richiamato dal primo Giudice al fine di fondare il giudizio di complessiva escusabilità della condotta dell'Amministrazione).

Si legga anche

In tema di responsabilità civile extracontrattuale della pa è compito dell'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile

In tema di responsabilità civile extracontrattuale della pa è compito dell'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata: si deve, peraltro, tenere presente che molte delle questioni rilevanti ai fini della scusabilità dell'errore sono questioni di interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche, inerenti la difficoltà interpretativa che ha causato la violazione; in simili casi il profilo probatorio resta in larga parte assorbito dalla questio iuris, che il giudice risolve autonomamente con i propri strumenti di cognizione in base al principio iura novit curia

La decisione numero 6608 del 9 novembre 2006 emessa dal Consiglio di Stato merita di essere segnalata innanzitutto per l'interessante distinzione in essa contenuta fra elementi soggetti ed oggettivi dell'illecito extracontrattuale in capo alla pa:

Con riguardo alla responsabilità della pubblica amministrazione per i danni causati dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, questa Sezione ha già aderito a quell'orientamento favorevole a restare all'interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rivelano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell'illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela

Sotto il profilo **dell'elemento oggettivo**, è evidente che il danno, consistente nella mancata aggiudicazione dell'appalto, costituisce una diretta conseguenza dell'illegittimità accertata, in quanto in

assenza dell'(illegittimo) giudizio negativo sulla congruità delle giustificazioni presentate in sede di verifica dell'anomalia, la ricorrente (prima classificata) si sarebbe aggiudicata l'appalto>

Mentre per quanto concerne gli elementi soggettivi:

Per quanto concerne, l'elemento soggettivo, sulla base dei richiamati precedenti giurisprudenziali, va ribadito che non è comunque richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare sforzo probatorio per dimostrare la colpa della p.a.. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie.

Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile.

Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Si deve, peraltro, tenere presente che molte delle questioni rilevanti ai fini della scusabilità dell'errore sono questioni di interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche, inerenti la difficoltà interpretativa che ha causato la violazione; in simili casi il profilo probatorio resta in larga parte assorbito dalla *questio iuris*, che il giudice risolve autonomamente con i propri strumenti di cognizione in base al principio *iura novit curia*.

Spetta, quindi, al giudice valutare, in relazione ad ogni singola fattispecie, la presunzione relativa di colpa, che spetta poi all'amministrazione vincere; inoltre, in assenza di discrezionalità o in presenza di margini ridotti di essa, le presunzioni semplici di colpevolezza saranno più facilmente configurabili, mentre in presenza di ampi poteri discrezionali ed in assenza di specifici elementi presuntivi, sarà necessario uno sforzo probatorio ulteriore, gravante sul danneggiato, che potrà ad esempio allegare la mancata valutazione degli apporti resi nella fase partecipativa del procedimento o che avrebbe potuto rendere se la partecipazione non è stata consentita.>

Relativamente inoltre alla quantificazione del danno, i giudici di Palazzo Spada sottolineano che:

la giurisprudenza ha anche precisato che il danno derivante ad una impresa dal mancato affidamento di un appalto è quantificabile nella misura dell'utile non conseguito, solo se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta (come nel caso di specie) è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile

A cura di Sonia Lazzini



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.775/2009

Reg.Dec.

N. 7010 Reg.Ric.

ANNO 2005

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7010 del 2005 proposto:

- dalla soc. *ALFA* –S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Giovanni M. Lauro ed elettivamente domiciliata in Roma, alla Via G. Bazzoni, n. 1, presso lo studio dell’Avv. Francesco Asciano;

c o n t r o

- l’*Ente Sardo Acquedotti e Fognature*, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in Roma via dei Portoghesi n. 12;

- la *BETA Spa* in persona del legale p.t., rappresentata e difesa dall’avv. Giovanni M. Lauro e Anna Ingianni ed elettivamente domiciliata in Roma presso l’avv. Francesco Asciano, via G. Buzzoni n. 1;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Sardegna, n. 328/05 dell’14 marzo 2005, resa *inter partes*

Visto l’atto di appello con i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’*Ente Sardo Acquedotti e Fognature e BETA Società appalti e forniture per acquedotti e bonifiche Spa*;

Viste le memorie difensive delle Parti costituite;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 7 novembre 2008, relatore il Consigliere Claudio Contessa ed uditi, altresì l'avv. Asciano per delega dell'avv. Lauro e l'avv. dello Stato Soldani;

ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La soc. *ALFA – Generali Costruzione e Prefabbricati* S.p.A. riferisce di aver partecipato alla gara d'appalto indetta dall'Ente Sardo Acquedotti e Fognature (d'ora in poi: *'E.S.A.F.*) relativa alla sostituzione di alcuni tratti di condotta dell'acquedotto sud-occidentale.

La *lex specialis* di gara stabiliva che il possesso di taluni requisiti di partecipazione dovesse essere provato attraverso una “*dichiarazione sostitutiva di atto notorio (...) resa di fronte al pubblico ufficiale competente a riceverla a norma dell'art. 4 e con le modalità di cui all'art. 20 della legge 4/01/1968, n. 15 (...)*”.

L'odierna appellante presentava le richiamate dichiarazioni, autenticate ai sensi degli artt. 4 e 20, l. 15 del 1968, cit.

Nell'ambito dell'atto di autentica l'ufficiale ricevente non menzionava l'avvenuta ammonizione in ordine alle responsabilità anche di ordine penale per le ipotesi di dichiarazione mendace o di esibizione di atti falsi o contenente dati non più rispondenti a verità (quarto comma dell'art. 26, l. 15 del 1968, cit.).

Con determinazione in data 22 agosto 1995 l'E.S.A.F. disponeva l'esclusione dalla gara dell'odierna appellante, limitandosi a rilevare che l'impresa avesse presentato “*la dichiarazione di cui al punto 4 del bando in forma diversa da quella richiesta*”.

La determinazione di esclusione veniva impugnata dalla soc. *ALFA*. innanzi al T.A.R. per la Sardegna il quale, con sentenza n. 619 del 19 aprile 1996, accoglieva il ricorso ed annullava la determinazione di esclusione.

La sentenza in questione veniva impugnata dall'*E.S.A.F.* innanzi al Consiglio di Stato il quale, con sentenza n. 2888 del 28 maggio 2001, respingeva il gravame.

Nell'occasione il Giudice di appello osservava che la determinazione di esclusione, fondata sulla scarna affermazione di una *“forma diversa da quella richiesta”* non consentisse neppure di determinare quale fosse in realtà la forma, richiesta dal bando, che si era ritenuta carente nella specie.

Del resto, la giustificazione *ex post* fornita dall'Amministrazione (secondo cui l'esclusione era stata disposta per mancata, espressa, indicazione nell'ambito del dichiarazioni sostitutive di atto notorio, dell'avvenuta ammonizione in ordine alle responsabilità connesse a dichiarazioni false e mendaci) veniva considerata errata dal Giudice di appello.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, la giustificazione in tal modo fornita *“manifesta una lettura delle disposizioni del bando improntata ad un eccessivo ed inutile formalismo, in violazione del principio costante in giurisprudenza secondo cui delle clausole di bando, ove non corrispondano ad un interesse sostanziale della stazione appaltante, va preferita l'interpretazione che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti”*.

Il Giudice di appello proseguiva sul punto osservando che *“(...) nella specie, non è dato intendere a quale interesse dell'Ente possa rispondere la menzione nell'atto autenticato che la dichiarazione è stata resa oralmente davanti al pubblico ufficiale. Specialmente quando si tenga presente che la responsabilità del contenuto della dichiarazione rimane, in ogni caso, in capo al dichiarante.*

Va, ad ogni modo, considerato che, in effetti, la prescrizione, contenuta nell'art. 4 della legge 4 gennaio 1968 n. 15, che la dichiarazione sostitutiva di atto notorio dev'essere "resa" dinanzi al funzionario competente, non trova alcuno specifico riscontro nella successiva disciplina, atteso che quanto il suddetto funzionario è abilitato ad attestare è esclusivamente il fatto che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza, previo accertamento dell'identità del sottoscrittore (art. 20 legge cit.). Come, per l'appunto, è accaduto nel caso in esame, nel quale l'attestazione del delegato del Sindaco concerne soltanto la sottoscrizione del dichiarante.

Intesa nel senso addotto a giustificazione del provvedimento impugnato, dunque, la clausola del bando di gara comportava un adempimento non previsto dalla legge richiamata e cioè che il funzionario ricevente attestasse che la dichiarazione di cui si tratta gli era stata resa oralmente?

A seguito della pronuncia del Consiglio di Stato, l'odierna appellante chiedeva all'*E.S.A.F.* il ristoro del danno patito a seguito dell'illegittima esclusione, allegando che in assenza dell'atto illegittimo essa si sarebbe certamente vista aggiudicare l'appalto all'origine dei fatti di causa.

Al fine di accertare la veridicità di quanto osservato dalla soc. *ALFA*. e di impostare nel modo più corretto le trattative per definire l'istanza risarcitoria, l'Ente appellato (maggio 2003) incaricava un Notaio: *i)* di procedere *ora per allora* all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche presentate dalle imprese in gara; *ii)* di determinare la soglia di anomalia e *iii)* di stabilire se l'offerta a suo tempo presentata dall'odierna appellante fosse tale da consentire l'aggiudicazione in suo favore.

Con atto in data 14 maggio 2003 il Notaio incaricato procedeva alle operazioni della *gara virtuale* e concludeva nel senso che, effettivamente, in assenza dell'illegittima esclusione, l'offerta presentata dalla *ALFA*. sarebbe stata quella più vantaggiosa per l'Amministrazione.

Nonostante quanto accertato dal Notaio, i successivi contatti fra le parti finalizzati ad una composizione stragiudiziale della controversia non producevano alcun esito concreto, per cui la soc. *ALFA*. adiva nuovamente il T.A.R. Sardegna onde sentir condannare l'*E.S.A.F.* al ristoro del danno patrimoniale patito a seguito dell'illegittima esclusione e (in via mediata) a seguito della mancata aggiudicazione dell'appalto.

Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale Amministrativo Regionale respingeva il ricorso, ritenendo nella specie non provata la sussistenza di una condotta colposa in capo all'Amministrazione.

In particolare, richiamando (*inter alia*) la pronuncia della CGCE in data 14 ottobre 2004 sul caso C-275/03 (*Commissione europea vs. Portogallo*), il Tribunale adito riteneva che nessuna presunzione di colpa potesse trarsi dal mero accertamento dell'illegittimità del provvedimento con cui la società stessa era stata esclusa dalla gara.

Del resto, esaminando le peculiarità del caso di specie, il primo Giudice riteneva che *“nella fattispecie la verifica della sussistenza della colpa dipende da un problema di interpretazione ed applicazione di norme, per cui (...) il Collegio può autonomamente estrapolare tutti i necessari elementi di valutazione dagli atti di causa, ed apprezzare, quindi, la sussistenza o meno dell'elemento soggettivo, indipendentemente dall'attività probatoria espletata da ciascun contendente a sostegno della propria posizione”* (pag. 15 della sentenza appellata).

Quindi, ripercorrendo gli elementi di fatto della vicenda che avevano condotto all'esclusione della ricorrente, il primo Giudice riteneva che *“ciò che conta, ai fini della verifica dell'elemento soggettivo della responsabilità, è che, comunque, si era in presenza di un difetto della dichiarazione, quanto meno idoneo a rendere opinabile il giudizio sulla validità della medesima. Difetto, peraltro, addebitabile alla stessa ricorrente, la quale ben avrebbe potuto avvedersi dell'imperfezione e presentare all'amministrazione una dichiarazione formalmente ineccepibile.*

In presenza della descritta situazione di fatto che, come detto, la ricorrente ha contribuito a creare, e di un dubbio interpretativo circa le conseguenze derivanti dal mancato rispetto dei suddetti adempimenti formali, non irragionevole all'epoca dell'adozione del provvedimento con cui la medesima venne esclusa dalla gara, il censurato comportamento della stazione appaltante può ritenersi frutto di un errore scusabile e quindi non colposo.

Alla stregua di quanto sin qui esposto l'ente non può essere chiamato a rispondere dei danni lamentati della ALFA.”.

La sentenza in questione veniva impugnata in sede di appello dalla soc. ALFA. la quale ne chiedeva l'integrale riforma, articolando un unico, complesso motivo di doglianza.

Si costituiva in giudizio l'Avvocatura Generale dello Stato, la quale concludeva nel senso della reiezione del gravame.

All'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2008 le Parti costituite rassegnavano le proprie conclusioni ed il ricorso veniva trattenuto in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Giunge alla decisione del Collegio l'appello proposto dalla soc. *ALFA – Generali Costruzione e Prefabbricati S.p.A.* avverso la sentenza del T.A.R. Sardegna con cui è stata respinta (per mancata

allegazione della prova in ordine al requisito della colpa) l'istanza risarcitoria conseguente all'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento con cui l'*E.S.A.F.* l'aveva illegittimamente esclusa da una gara di appalto relativa alla sostituzione di alcuni tratti di un acquedotto.

2. In base a quanto diffusamente esposto in narrativa, è evidente che risulti pacifica nel caso di specie la sussistenza della maggior parte degli elementi costitutivi della fattispecie foriera di danno, mentre resta controversa la sussistenza dell'elemento psicologico della colpa in capo all'Amministrazione.

In particolare, risulta pacificamente in atti:

- a) la sussistenza di un atto (l'esclusione dalla gara di appalto) la cui illegittimità è stata definitivamente accertata dal Giudice di appello ed in assenza del quale l'odierna appellante si sarebbe certamente vista aggiudicare l'appalto all'origine dei fatti di causa;
- b) la sussistenza di un pregiudizio patrimoniale conseguente all'illegittima, mancata aggiudicazione dell'appalto;
- c) la sussistenza di un nesso eziologico fra la condotta illegittima della P.A. ed il danno patito dall'impresa ingiustamente esclusa dalla gara.

Pertanto, nella prospettazione del primo Giudice, ciò che osta al risarcimento del danno ingiusto cagionato all'odierna appellante sarebbe unicamente la prova in ordine alla sussistenza di una condotta colposa in capo all'Amministrazione appellata.

2.1. Come si è esposto in narrativa il primo Giudice, dopo aver svolto un'approfondita disamina in relazione ad alcune fra le più note prospettazioni in ordine alla verifica in concreto dell'elemento soggettivo della colpa (ad es.: tesi della *culpa in re ipsa*, tesi della colpa della P.A. come apparato, tesi della colpa da *illegittimità grave*, tesi dell'inversione dell'onere della prova nell'ottica della responsabilità c.d. da '*contatto sociale qualificato*'), ha impostato la soluzione del caso devolutogli sulla base di alcuni principi e parametri largamente invalsi nella giurisprudenza degli anni più recenti.

In particolare, il T.A.R. ha informato la propria decisione all'approccio concettuale secondo cui, anche ad ammettere la riconduzione delle ipotesi di danno cagionato da attività dell'Amministrazione alla categoria della responsabilità aquiliana *ex art. 2043 cod. civ.* (secondo un approccio tuttora non pacifico in giurisprudenza, ma che laddove accolto comporterebbe che la prova della colpa spetti in via di principio al soggetto leso), nondimeno la prova in questione potrebbe essere fornita attraverso il ricorso a presunzioni semplici, giusta le previsioni di cui agli artt. 2727 e segg. cod. civ. (in tale senso, *ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. VI, sent. 3 giugno 2006, n. 3981; id., Sez. VI, sent. 9 marzo 2007, n. 1114).

In applicazione del richiamato principio, in presenza di un'attività illegittima posta in essere dall'Amministrazione e foriera di danno per il privato, quest'ultimo non sarà onerato di un particolare sforzo probatorio in ordine alla sussistenza di una condotta colposa da parte dell'Amministrazione, ben potendosi limitare ad allegare la sola illegittimità del provvedimento quale elemento idoneo a fondare una presunzione (semplice) circa la colpa della P.A.

In tali ipotesi, spetterà quindi all'Amministrazione fornire la prova liberatoria *a contrario*, dimostrando in concreto che si sia trattato di un errore scusabile, configurabile - ad es. - in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, di formulazioni polisense di disposizioni di recente emanazione, ovvero di rilevante complessità del fatto sotteso alla determinazione amministrativa.

L'impostazione concettuale alla quale il primo Giudice ha informato la propria decisione appare condivisibile sotto il profilo sistematico, anche se (come si avrà modo di osservare nel prosieguo) la decisione impugnata giunge a conclusioni non condivisibili al momento di sussumere i principi così individuati alle peculiarità del *casus decisis*.

Ancora dal punto di vista dell'impostazione concettuale, la decisione appellata risulta condivisibile laddove osserva che la impostazione del problema dell'individuazione della colpa della P.A. non venga revocato in dubbio alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia delle C.E.

in data 14 ottobre 2004 sul caso C-275/03 (*Commissione europea vs. Portogallo*).

Ed infatti, secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale (cui la sentenza in epigrafe risulta sostanzialmente conforme), la richiamata pronuncia dei Giudici di Lussemburgo non può essere intesa di guisa tale da comportare l'illegittimità *de jure comunitario* di un sistema di tutela risarcitoria per il solo fatto che esso includa la colpa della P.A. fra gli elementi necessariamente *costitutivi* della fattispecie foriera di danno.

Al riguardo si osserva che, se per un verso è innegabile che la richiamata pronuncia comunitaria ha sanzionato lo Stato del Portogallo per aver subordinato la condanna al risarcimento dei danni conseguenti a violazioni del diritto comunitario in tema di appalti alla *allegazione della prova*, da parte dei danneggiati, che gli atti illegittimi dello Stato o degli enti di diritto pubblico siano stati commessi colposamente o dolosamente, nondimeno la richiamata decisione appare riferirsi all'onere della prova in relazione all'elemento soggettivo della responsabilità della p.a. e non alla esigenza di accertare la responsabilità, prescindendo dalla colpa dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. VI, sent. 1114 del 2007, cit.).

Non sfugge al Collegio che, all'indomani della pronuncia in questione, parte degli osservatori (in particolare, in sede dottrinale) abbia ritenuto che essa postulasse la radicale illegittimità comunitaria delle disposizioni processuali nazionali le quali *comunque* prevedessero, al fine di accordare il ristoro della violazione di posizioni giuridiche di fonte UE, la prova in concreto di una volontà colpevole (a titolo doloso o colposo) in capo all'Amministrazione.

Secondo tali osservatori, l'approccio in questione sarebbe confermato da quanto affermato dalla Corte al punto 31 della parte motiva, laddove si afferma che "*si la réglementation portugaise prévoit la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts en cas de violation du droit communautaire régissant la passation de marchés publics ou des règles nationales le transposant, elle ne saurait néanmoins être considérée comme un système de protection juridictionnelle adéquat dans la mesure où elle exige la preuve d'une faute ou d'un dol commis par les agents d'une entité administrative*

déterminée. Ainsi, le soumissionnaire lésé par une décision illégale des pouvoirs adjudicateurs risque d'être privé du droit de demander des dommages-intérêts au titre du préjudice causé par cette décision, ou du moins de les obtenir tardivement, au motif qu'il ne peut établir la preuve d'un dol ou d'une faute".

A ben vedere, tuttavia, l'approccio interpretativo dinanzi richiamato comporterebbe la sostanziale reviviscenza della tesi (invero, da tempo superata nel dibattito pubblicistico nazionale) della c.d. *culpa in re ipsa* in capo all'Amministrazione, con sostanziale assimilazione, ai fini risarcitori, dell'illegittimità attizia e dell'elemento psicologico sotteso all'agire dell'Amministrazione medesima.

Ritiene, pertanto, il Collegio che la richiamata giurisprudenza comunitaria abbia inciso non già sul versante *sostanziale* degli elementi costitutivi della fattispecie foriera di danno (*i.e.*: ammettendo in radice che la responsabilità civile dell'Amministrazione, nella declinazione comunitaria, possa prescindere dalla stessa *sussistenza* di una volontà colpevole in capo all'Amministrazione), bensì sul diverso versante *processuale e probatorio* (limitandosi a dichiarare illegittimo *de jure communitario* un sistema giudiziale di protezione delle posizioni giuridiche di fonte UE il quale gravi il soggetto leso della prova – in ipotesi, estremamente ardua – in ordine alla sussistenza del dolo o della colpa in capo all'Amministrazione che ha agito illegittimamente cagionando un danno).

Si osserva, poi, che ulteriori argomenti a supporto della tesi appena esposta sono rinvenibili nel successivo punto 33 della pronuncia, laddove i Giudici comunitari esaminano (sia pure con valenza di mero *obiter dictum*) un disegno di legge portoghese (al tempo in corso di esame parlamentare) il quale avrebbe avuto l'effetto di innestare a carico dell'Amministrazione una presunzione di colpa a seguito dell'adozione di un atto illegittimo, da far valere ai fini risarcitori (salva la possibilità per l'Amministrazione stessa di fornire la prova in contrario circa la scusabilità dell'errore).

Ebbene, al riguardo la Corte esclude che il contenuto del disegno di legge in parola possa valere ad evitare allo Stato portoghese la pronuncia di condanna ai sensi dell'art. 228 TCE; tuttavia tale diniego non origina dalla circostanza per cui l'innovazione normativa (una volta entrata in vigore) avrebbe comunque comportato, ai fini risarcitori, la prova di una condotta dolosa o colposa (sia pure, attenuata mercè il ricorso al meccanismo delle presunzioni), bensì per il solo fatto che la richiamata innovazione normativa non fosse, appunto, ancora entrata in vigore al momento della scadenza del termine per l'adempimento fissato dalla CE in sede di parere motivato alle Autorità nazionali.

Il che, come è evidente, equivale ad affermare che un siffatto sistema (il quale implicherebbe, comunque, ai fini risarcitori la prova della condotta colpevole dell'Amministrazione, sia pure agevolandola attraverso la richiamata *praesumptio juris tantum*) risulterebbe pienamente conforme ai dettami comunitari.

In base a quanto sin qui esposto, può quindi affermarsi la piena compatibilità con il diritto comunitario del prevalente orientamento giurisprudenziale interno secondo cui dall'illegittimità attizia possono desumersi elementi idonei a fondare a carico dell'Amministrazione una presunzione semplice di colpa, con conseguente attenuazione dell'onere probatorio posto a carico del soggetto leso, salva la possibilità per la stessa di reclamare la scusabilità dell'errore commesso.

Sotto tale profilo, quindi, l'approccio concettuale seguito dal primo Giudice risulta persuasivo se pure (come si avrà modo di osservare nel prosieguo) non risultano condivisibili le conclusioni che lo stesso ha dedotto in sede di sussunzione del richiamato principio alle peculiarità del caso di specie.

2.2. Come si è osservato in precedenza, la prevalente giurisprudenza di questo Consiglio ritiene che la prova liberatoria in ordine al carattere scusabile dell'errore dell'Amministrazione che ha agito in modo illegittimo possa dirsi raggiunta (ad es.) in caso di contrasti giurisprudenziali circa l'interpretazione di norme giuridiche, di formulazioni polisense di disposizioni di recente

emanazione, ovvero di rilevante complessità del fatto sotteso alla determinazione amministrativa.

Ebbene, consapevole di tale orientamento, il primo Giudice ha ammesso nel caso di specie la scusabilità dell'errore di diritto commesso dall'Amministrazione in sede di esclusione dell'odierna appellante dalla gara di appalto, ritenendo: *i)* che tale errore fosse occorso nell'ambito di un'attività di interpretazione ed applicazione di norme giuridiche ontologicamente opinabile (nella specie: delle norme in tema di dichiarazioni sostitutive di atto notorio); *ii)* che nel caso di specie *“si era in presenza di un difetto della dichiarazione, quanto meno idoneo a rendere opinabile il giudizio sulla validità della medesima. Difetto, peraltro, addebitabile alla stessa ricorrente, la quale ben avrebbe potuto avvedersi dell'imperfezione e presentare all'amministrazione una dichiarazione formalmente ineccepibile”* (pag. 16 della sentenza gravata).

Al riguardo, il primo Giudice osserva che *“non importa qui appurare se l'addotta carenza formale si riferisce alla mancata certificazione dell'avvenuto ammonimento, da parte del pubblico ufficiale, in ordine alla responsabilità penale del dichiarante per il caso di dichiarazione mendace, come risulta dalla sentenza di primo grado, ovvero alla mancata menzione, nell'atto autenticato, della circostanza che la dichiarazione era stata resa davanti al pubblico ufficiale, come si ricava dalla sentenza d'appello”* (ivi).

2.3. Ad avviso del Collegio, al contrario, la richiamata parte della pronuncia in epigrafe non è condivisibile e deve essere riformata, dovendo piuttosto ritenersi che il complesso delle circostanze rilevanti escluda la scusabilità dell'errore commesso dall'Amministrazione.

In primo luogo, si osserva che il provvedimento di esclusione si presentasse già di per sé inescusabilmente carente di un qualunque elemento idoneo a desumere quale fosse la violazione della normativa al tempo vigente in tema di dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà (artt. 4, 20 e 26 della l. 4 gennaio 1968, n. 15), atteso che esso si limitava ad affermare che l'impresa avesse presentato *“la dichiarazione di cui al punto 4 del bando in forma diversa da quella richiesta”*.

Ebbene, per quanto concerne la previsione della *lex specialis*, si osserva che il richiamato

art. 4 stabiliva che il possesso di taluni requisiti di partecipazione dovesse essere provato attraverso una “*dichiarazione sostitutiva di atto notorio (...) resa di fronte al pubblico ufficiale competente a riceverla a norma dell’art. 4 e con le modalità di cui all’art. 20 della legge 4/01/1968, n. 15 (...)*”.

Questo essendo il quadro normativo e disciplinare di riferimento, non è dato in alcun modo comprendere a quale effettiva ‘*diversità*’ abbia fatto riferimento l’Amministrazione appellata in sede di esclusione.

Ed infatti, risulta agli atti che la dichiarazione sostitutiva resa dal legale rappresentante dell’Appellante ed autenticata dal competente delegato del Sindaco di Cagliari recasse la seguente dicitura: “*ai sensi dell’art. 20 l. 4.1.1968 dichiaro che la firma succitata è stata apposta in mia presenza dal sig. Masciotta Luigi previo accertamento dell’identità del medesimo*”.

Ebbene, il Collegio non individua nella specie alcuna difformità fra il contenuto della dichiarazione (e della relativa sottoscrizione ed autenticazione) e le previsioni di cui al secondo comma della l. 15 del 1968, cit., secondo cui “*l’autenticazione deve essere redatta di seguito alla sottoscrizione e consiste nell’attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la sottoscrizione stessa è stata apposta in sua presenza, previo accertamento dell’identità della persona che sottoscrive*”.

In definitiva, non si ravvisa nel caso di specie alcuno di quei *difetti della dichiarazione* che, nell’opinamento del primo Giudice contribuirebbero comunque a palesare l’escusabilità dell’errore commesso dall’Amministrazione attraverso l’illegittima determinazione di esclusione.

Del resto (anche a voler prescindere dal profilo – di per sé dirimente – della carenza nell’ambito del provvedimento di esclusione di una qualunque indicazione in ordine ai rilevati aspetti di *difformità* nella dichiarazione), il Collegio osserva che nessuno dei due profili comunque (*ex post*) presi in considerazione dal T.A.R. possa suffragare la richiamata tesi dell’errore scusabile.

Si osserva in primo luogo che l’errore dell’Amministrazione non potrebbe essere considerato scusabile laddove si ritenga (per altro, *ora per allora*, con inammissibile integrazione

della motivazione *ope judicis*) che l'esclusione fosse motivata dalla mancata menzione, nell'atto di autenticazione, dell'avvenuto ammonimento delle comminatorie penali per il caso di false e mendaci dichiarazioni (si tratta di un approccio fondato sul quarto comma dell'art. 26, l. 15 del 1968, cit. ed al quale il primo Giudice annette rilievo ai fini del decidere).

Ed infatti, la richiamata disposizione normativa non prevede in alcun modo che dell'avvenuta ammonizione debba darsi atto, a pena di invalidità, nell'ambito dell'autentica della sottoscrizione.

Del resto, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di osservare che in base alla l. 4 gennaio 1968 n. 15, in sede di autenticazione della sottoscrizione del privato, non è necessario che il pubblico ufficiale faccia menzione della circostanza di aver ammonito il dichiarante in ordine alle responsabilità penali per false dichiarazioni (in tal senso: Sez. IV, sent. 25 gennaio 1999, n. 61).

In secondo luogo, si osserva che l'errore dell'Amministrazione non potrebbe essere considerato scusabile neppure laddove si ritenga (di nuovo: *ora per allora*) che l'esclusione fosse motivata dalla mancata attestazione che la dichiarazione di parte privata fosse stata (non solo *sottoscritta*, ma anche) *resa* alla presenza del pubblico ufficiale (si tratta, anche in questo caso, di un approccio espressamente richiamato dal primo Giudice al fine di fondare il giudizio di complessiva escusabilità della condotta dell'Amministrazione).

Al riguardo, si osserva:

- che la motivazione in questione non emerge in alcun modo dall'oscuro contenuto della formula motiva posta a base dell'esclusione (la quale faceva generico riferimento ad una "*forma diversa da quella richiesta*");
- che la motivazione in questione appare il frutto di una inammissibile integrazione postuma, in quanto svolta addirittura in sede di proposizione dell'appello avverso la sentenza del T.A.R. Sardegna n. 619 del 1996;

- che la tesi posta a sostegno di tale motivazione risulterebbe comunque improntata (come già osservato da questo Consiglio di Stato con la richiamata pronuncia n. 2888 del 2001) ad un “*eccessivo ed inutile formalismo*”, il quale non appare certamente compatibile con il canone della scusabilità;

Per le ragioni sin qui esposte, non appare ulteriormente dubitabile che l’esclusione a suo tempo disposta in danno dell’odierna appellante abbia rappresentato il frutto di un’attività amministrativa non solo illegittima, ma anche inescusabilmente colpevole, non avendo l’Amministrazione appellata fornito alcun elemento concreto idoneo a vincere la presunzione di colpa conseguente all’accertamento in sede giurisdizionale dell’illegittimità attizia.

3. In base a quanto esposto, l’istanza risarcitoria formulata in primo grado deve essere accolta, sussistendo tutti gli elementi costitutivi della fattispecie foriera di danno..

3.1. Per quanto concerne la quantificazione del danno oggetto di ristoro, attesa la complessità delle operazioni connesse alla sua determinazione, il Collegio ritiene che nel caso di specie si possa fare proficuo ricorso al criterio di cui al comma 2 dell’art. 35, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

Conseguentemente, il Collegio dispone che l’Ente appellato provveda, entro il termine di trenta giorni dalla notificazione o comunicazione della presente sentenza, a proporre in favore della soc. *ALFA*. il pagamento di una somma che sarà determinata avendo riguardo ai seguenti criteri:

a) il danno oggetto di ristoro dovrà essere determinato in base all’*effettivo utile di impresa* che la soc. *ALFA*. avrebbe dedotto a seguito della gestione dell’appalto all’origine dei fatti di causa, attraverso un’analisi dei costi e dei ricavi attesi di impresa da determinare in contraddittorio fra le parti sulla base di elementi oggettivi, senza il ricorso a criteri presuntivi fondati sull’importo a base d’asta o sull’importo dell’offerta a suo tempo formulata;

b) l’importo in tal modo determinato dovrà essere decurtato del cinque per cento, non avendo l’impresa appellante dimostrato che, a cagione dell’illegittima condotta dell’Amministrazione, essa

non ha potuto utilizzare i mezzi e le maestranze a propria disposizione per l'espletamento di altri appalti o lavorazioni (Cons. Stato, Sez. V, sent. 24 ottobre 2002, n. 5860; *id.*, Sez. VI, sent. 9 novembre 2006, n. 6607; *id.*, Sez. VI, sent. 3 aprile 2007, n. 1514);

c) l'importo in tal modo determinato dovrà essere incrementato della rivalutazione monetaria e degli interessi sulle somme via via rivalutate, nei limiti di legge.

4. Per le considerazioni che precedono il ricorso in appello deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolta l'istanza risarcitoria avanzata in primo grado, nei sensi e secondo i criteri di cui in motivazione.

Sussistono giusti motivi onde disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie l'istanza risarcitoria avanzata in primo grado, nei sensi e secondo i criteri di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 7 novembre 2008 con l'intervento dei

Sigg.ri:

Claudio Varrone	Presidente
Paolo Buonvino	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Bruno Rosario Polito	Consigliere
Claudio Contessa	Consigliere, est.

Presidente

Claudio Varrone

Consigliere

Claudio Contessa

Segretario

Stefania Martines

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2009
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria