diritto&diritti dal 1996
diritto.it
direttore Francesco Brugaletta

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 20/06/2016**

**All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/38348-elemento-soggettivo-colpa-consiglio-stato-esclude-rilevanza-responsabilit-civile-stazioni-appaltanti**

**Autore: Lazzini Sonia**

# Elemento soggettivo colpa Consiglio Stato esclude rilevanza responsabilità civile stazioni appaltanti

# Consiglio di Stato decisione numero 772 del 25 febbraio 2016

Con riguardo alla pretesa assenza di colpa, deve innanzitutto precisarsi che la giurisprudenza ormai consolidata di questo Consiglio di Stato esclude che tale questione abbia rilievo ai fini dell'affermazione della responsabilità delle stazioni appaltanti per i danni da illegittima aggiudicazione

sonia lazzini

è infatti ampiamente consolidato nello specifico settore degli appalti pubblici un modello di responsabilità dell'amministrazione di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, e coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio.

(da ultimo, tra le numerosissime: Sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839; Sez. IV, 18 febbraio 2014, n. 802, 13 dicembre 2013, n. 6000; Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 285, 31 dicembre 2014, n. 6450, 21 giugno 2013, n. 3397, 18 febbraio 2013, n. 933; Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4283, 28 luglio 2015, n. 3728).

Ciò in conformità ai vincolanti principi di diritto espressi nella sentenza della Corte di giustizia sopra citata, nella quale è specificato che nei giudizi sugli appalti pubblici il rimedio del risarcimento per equivalente monetario «può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva (…) 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» (§ 39).

In ragione di ciò e del vincolo di conformarsi alle decisioni della Corte cui è tenuto il giudice nazionale, ogni questione relativa all'elemento soggettivo diviene irrilevante e le censure rivolte nel presente appello alla condanna risarcitoria emessa dal TAR

devono essere respinte.

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Consiglio di Stato decisione numero 772 del 25 febbraio 2016

N. 00772/2016REG.PROV.COLL.

N. 00460/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

1. L'incombente istruttorio ha consentito di accertare che il ribasso offerto in sede di **gara** dalla Costruzioni controinteressata era effettivamente quello dalla stessa dedotto a sostegno della propria domanda risarcitoria nel presente giudizio, vale a dire 19,784%, migliorativo di un centesimo di punto percentuale rispetto a quello dell'aggiudicataria Rover s.r.l. (autrice di un ribasso del 19,783% sulla base d'asta). Ciò in particolare è risultato aprendo la busta contenente l'offerta dell'odierna appellata, la quale risultava ancora agli atti dell'amministrazione (verbale dell'8 settembre 2015).

2. Tuttavia nella sua ultima memoria conclusionale il Comune di Milano contesta il diritto dell'originaria ricorrente al risarcimento del danno per equivalente sotto i seguenti profili:

a) dopo il rigetto dell'istanza cautelare della Costruzioni controinteressata (all'esito "doppio grado" previsto per tale pronuncia incidentale, definito con ordinanza di questa Sezione n. 6575 del 12 dicembre 2006) la stipula del contratto e la consegna dei lavori all'aggiudicataria sono avvenute sulla base dell'affidamento così maturato in ordine alla «legittimità del proprio operato» e in considerazione dell'impossibilità di attendere la definizione del merito, nel caso di specie intervenuta in primo grado a notevole distanza dall'aggiudicazione (ben sei anni dopo), anche per il comportamento processuale di controparte «*che ha chiesto la fissazione dell'udienza di merito per* la prima volta solo in data 28.2.2011».

b) vi sarebbero quindi nel caso di specie i presupposti per ritenere la condotta dell'amministrazione esente da colpa, dal momento che, sebbene la Corte di giustizia UE abbia affermato che la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede

la prova di tale elemento soggettivo (sentenza del 30 settembre 2010, C-314/09 Stadt-Graz), questo Consiglio di Stato ha comunque specificato che non si può prescindere del tutto dalla «*rimproverabilità del comportamento dell'amministra*zione» (sentenza di questa Sezione 18 aprile 2012, n. 2256), e che nel caso di specie gli atti impugnati non denotano «alcuna violazione grave ed evidente della normativa in materia di appalti»;

c) la Costruzioni controinteressata non ha fornito la prova degli altri elementi costitutivi ex art. 2043 cod. civ. della propria pretesa risarcitoria, e segnatamente «*l'effettiva verificazione del danno, il suo ammontare e la connessione causale con l'atto illegittimo*».

d) errata è infine la liquidazione equitativa operata dal TAR delle voci di danno, mancato utile e danno curriculare, in assenza di allegazione da parte della ricorrente dell'impossibilità ex art. 2056 cod. civ. di offrire la relativa prova.

3. Tanto premesso, le circostanze addotte dal Comune sub c) e d) non possono essere esaminate, perché altrimenti si determinerebbe un inammissibile ampliamento del thema decidendum del presente giudizio di secondo grado, quale definito dai motivi d'appello, nei quali l'amministrazione si è limitata a censurare la condanna risarcitoria pronunciata dal TAR per le ragioni esposte alle lettere a) e b), ed una correlata violazione del carattere meramente illustrativo degli scritti conclusionali previsti dall'art. 73 cod. proc. amm.

4. Con riguardo alla pretesa assenza di colpa, deve innanzitutto precisarsi che la giurisprudenza ormai consolidata di questo Consiglio di Stato esclude che tale questione abbia rilievo ai fini dell'affermazione della responsabilità delle stazioni appaltanti per i danni da illegittima aggiudicazione (da ultimo, tra le numerosissime: Sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839; Sez. IV, 18 febbraio 2014, n. 802, 13 dicembre 2013, n. 6000; Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 285, 31 dicembre 2014, n. 6450, 21 giugno 2013, n. 3397, 18 febbraio 2013, n. 933; Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4283, 28 luglio 2015, n. 3728).

Ciò in conformità ai vincolanti principi di diritto espressi nella sentenza della Corte di giustizia sopra citata, nella quale è specificato che nei giudizi sugli appalti pubblici il rimedio del risarcimento per equivalente monetario «*può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito* dalla citata direttiva (…) 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*» (§ 39).

In ragione di ciò e del vincolo di conformarsi alle decisioni della Corte cui è tenuto il giudice nazionale, ogni questione relativa all'elemento soggettivo diviene irrilevante e le censure rivolte nel presente appello alla condanna risarcitoria emessa dal TAR devono essere respinte.

5. Peraltro, anche volendosi prescindere dalle assorbenti considerazioni ora svolte, il precedente di questa Sezione invocato dal Comune di Milano e costituito dalla sentenza di questa Sezione n. 2256 del 18 aprile 2012 non giova in alcun modo alle tesi dell'amministrazione appellante.

Infatti, in questa pronuncia si prende comunque atto del principio di diritto affermato dalla Corte di Giustizia (§ 3 della parte "in diritto"), salvo precisarsi che in base ai principi elaborati dal medesimo giudice europeo in materia di responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario occorre comunque valutare l'operato dell'amministrazione sulla scorta di parametri di tipo oggettivo, consistenti nel carattere di gravità ed evidenza dell'illegittimità e del correlato grado di

chiarezza e precisione delle norme violate (essendosi in quel caso esclusa questa esimente).

6. L'affermazione di principio contenuta nella pronuncia in esame non ha tuttavia avuto seguito presso la giurisprudenza amministrativa, allora non ancora definitivamente assestata su posizioni conformi al dictum della Corte di giustizia. Come infatti poc'anzi accennato, allo stato attuale è infatti ampiamente consolidato nello specifico settore degli appalti pubblici un modello di responsabilità dell'amministrazione di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, e coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio.

7. Peraltro, nel caso di specie il Comune di Milano non ha dedotto e provato circostanze che possano esonerarlo da responsabilità.

A questo specifico riguardo, è sufficiente rinviare alla sentenza non definitiva resa nel presente giudizio, più volte citata, in cui si è accertato che l'esclusione comminata in danno della Costruzioni controinteressata è illegittima per violazione dell'art. 75, comma 1, lett. e), del regolamento di attuazione della legge quadro n. 109/1994, di cui al d.p.r. n. 554/1999 [ora art. 38, comma 1, lett. i), cod. contratti pubblici], perché a fronte di una fattispecie normativa che richiedeva che tali irregolarità, risultanti «dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici», fossero comunque «debitamente accertate», la società aveva documentato alla commissione di **gara**, invano, di avere sanato l'irregolarità annotata a suo carico prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte e di avere tempestivamente richiesto la cancellazione dell'annotazione.

8. Tanto precisato, l'amministrazione odierna appellante non ha addotto alcuna scarsa chiarezza della norma allora vigente, o orientamenti giurisprudenziali conformi al provvedimento adottato, né tanto meno altre circostanze diverse dal rigetto della sospensiva contro di esso richiesta dalla Costruzioni controinteressata.

Sennonché - fermo restando che anche a quest'ultimo riguardo le considerazioni svolte dal Comune di Milano rimangono imperniate sull'insussistenza della colpa, la quale come finora precisato non rientra nello speciale paradigma della responsabilità delle stazioni appaltanti per illegittima aggiudicazione di un contratto pubblico - una delibazione sommaria del merito quale quella che viene svolta in sede cautelare non può essere ritenuta sufficiente a fondare nell'amministrazione un ragionevole affidamento in ordine alla legittimità del proprio operato, il quale rimane sub iudice.

9. Gli assunti dell'amministrazione si indirizzano peraltro su fatti successivi all'emanazione del potere, mentre laddove in ipotesi rilevante nell'affermazione di responsabilità civile la colpa deve comunque essere apprezzata al momento della condotta. Le considerazioni ora svolte possono essere estese anche alla durata del giudizio successiva alla definizione dell'istanza di sospensiva, pur se addebitabile allo "scarso impulso" che ad esso abbia dato il ricorrente. Deve infatti sottolinearsi che il giudizio è comunque conseguente ad un'originaria illegittimità imputabile all'amministrazione, che pertanto si assume i rischi connessi all'esito della successiva impugnativa.

10. In conclusione, l'appello deve pertanto essere respinto anche per la parte diretta a censurare la condanna risarcitoria pronunciata dal TAR. In punto spese del presente grado di giudizio, non si ravvisano ragioni per derogare al criterio della soccombenza, rinviandosi al dispositivo per la relativa liquidazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge integralmente.

Condanna il Comune di Milano a rifondere alla Costruzioni controinteressata s.r.l. le spese del presente grado di giudizio, liquidate in € 6.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)