



LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI.

ELENA DEMICHELIS*

L'intervento si propone di presentare i risultati dell'indagine condotta sulle questioni dibattute in materia di natura giuridica ed elementi costitutivi della responsabilità dell'amministrazione pubblica, in particolare nel settore dei contratti pubblici.

È noto che alcune considerazioni importanti in tema di sindacabilità dell'agire della pubblica amministrazione, in particolare la conformità a correttezza, sono emerse in occasione del dibattito sulla tutela risarcitoria.

Il principio di correttezza dell'attività della pubblica amministrazione (di seguito p.a.) sembra avere rilevanza costituzionale in quanto trova fondamento nelle norme della Costituzione concernenti l'amministrazione pubblica. Il principio in esame, affermatosi quale evoluzione del principio di imparzialità (inizialmente, interpretato quale divieto di discriminazione¹) trova specificazione nei vincoli che la p.a. è tenuta a rispettare nei rapporti con i terzi, tra i quali: gli obblighi di pubblicità, di non aggravamento del procedimento e il dovere di comportarsi secondo buona fede che impone di adoperarsi ai fini di salvaguardare l'interesse della controparte nei limiti dell'eccessivo sacrificio.

In materia di contratti pubblici, è comportamento contrario a correttezza qualsiasi condotta con la quale la stazione appaltante ingenera negli operatori economici, un affidamento legittimo, poi deluso, in merito alla conclusione del contratto.

Sembra consolidato l'orientamento giurisprudenziale che, considerando i giudizi di legittimità e correttezza come autonomi e distinti, riconosce il risarcimento del danno per mancato rispetto del principio di correttezza anche in presenza di un atto amministrativo legittimo, come nel caso in cui il giudice ravvisi la legittimità dell'esercizio del potere di autotutela nell'ipotesi di sopravvenuta carenza di finanziamenti, ma consideri la condotta dell'amministrazione contraria a correttezza per non aver tempestivamente comunicato all'aggiudicatario la circostanza ostativa alla stipula del contratto.

Il principio di correttezza assume rilievo ai fini del giudizio sull'attività dell'amministrazione e deve essere tenuto distinto dal principio di legalità che fornisce fondamento

*Dottore di Ricerca in Diritti e Istituzioni, Università degli Studi di Torino.

¹ G. M. Racca, *Correttezza (dir. amm.)*, in AA.VV., in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano 2006, II, 1532.

normativo all'istituto della validità degli atti amministrativi da riferirsi a singoli provvedimenti². L'accertamento della legittimità del provvedimento presuppone l'indagine circa l'eventuale sussistenza di vizi dell'atto, il giudizio sulla condotta è più ampio, prende in considerazione il "comportamento complessivo" dell'amministrazione, comprendendo anche fatti non evincibili dall'esame degli atti, come «*incontri non verbalizzati e telefonate*»³. È qualificabile come scorrettezza il comportamento contraddittorio dell'ente rilevabile anche dall'esame di fatti che non emergono dagli atti del procedimento, come l'omessa considerazione e comunicazione degli elementi ostativi all'aggiudicazione del contratto, quali il sopravvenuto venir meno di finanziamenti a fronte di «*assicurazioni verbali circa la possibilità di stipulazione del contratto, fissando a tal fine addirittura un appuntamento, poi annullato telefonicamente, quando sono già sopravvenute circostanze significative [...] che non vengono comunicate al privato*»⁴. Un altro esempio di comportamento della p.a. non conforme a correttezza è la «*palese [...] contraddittorietà delle prescrizioni [dei documenti di gara]*»⁵, che integra una violazione dell'obbligo di chiarezza, le cui «*conseguenze derivanti dalla presenza di clausole contraddittorie nella lex specialis di gara non possono ricadere sul concorrente che, in modo incolpevole, abbia fatto affidamento su di esse*»⁶.

Si suggerisce di considerare che l'obbligo di correttezza trovi fondamento nelle norme costituzionali che sanciscono l'inviolabilità dei diritti della personalità in quanto, la condotta dell'amministrazione conforme a correttezza ne garantisce il rispetto⁷. In tal senso sembra da interpretarsi l'art. 28 Cost., tanto in considerazione dell'attuale lettera della norma che menzionando le «*leggi civili*» rinvia alle norme codicistiche in materia, quanto in ragione della volontà del legislatore - Assemblea Costituente - che, nelle versione precedente del testo della disposizione, aveva individuato la responsabilità dell'amministrazione per la lesione dei diritti di libertà, da riferirsi ai diritti della persona, tra i quali la dignità umana che è suscettibile di essere lesa a fronte di un comportamento contrario a correttezza.

Tra i vincoli dell'azione amministrativa figura anche il principio di integrità in forza del quale, l'impiego di risorse pubbliche e l'esercizio del potere pubblico devono perseguire finalità predeterminate, alla cura dell'interesse pubblico⁸. Si tratta di un principio non espressamente previsto dalla disciplina in materia di contratti pubblici, che pare riconducibile al principio di correttezza, in quanto essenziale a garantire la qualità della spesa pubblica e la legalità dell'operato delle amministrazioni⁹.

² A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, Relazione al Convegno svolto il 13 novembre 2003 presso il Consiglio di Stato in occasione della presentazione del volume R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, in *Dir. amm.*, 2004, 2, 209 e ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano 2005, 159 e ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano 1997, 180 e ss.

³ In ogni caso, non è escluso che i giudizi sulla legittimità degli atti e sulla conformità a correttezza possano sovrapporsi: nel giudizio di responsabilità, l'illegittimità degli atti può assumere rilevanza quale circostanza sintomatica della scorrettezza posta in essere dell'amministrazione.

⁴ G. M. RACCA, *Correttezza, cit.*, 1531; Cons. Stato Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, con nota di F. MANGANARO, *Il risarcimento del danno non si addice agli interessi legittimi*, in *Urb. e app.*, 2003, 9, 1071.

⁵ Cons. St., sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497, in *Foro Amministrativo (II)* 2016, 6, 1491 (s.m.).

⁶ Cons. St., sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497, *ibidem*, par. 6.4.

⁷ G. M. RACCA, *Correttezza, cit.*, 1531 e 1532.

⁸ L'integrità è definita come «*the use of funds, resources, assets and authority according to the intended official purposes, to be used in line with public interest*» Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), *Public Governance Reviews, Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement Progress since 2008, Annex A*, 115.

⁹ G. M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 2 del codice dei contratti pubblici*, in AA. VV., *Codice dei contratti pubblici Commentato*, a cura di L. R. Perfetti, Milano 2013, 30; vedi anche Libro Verde sulla modernizzazione

Il rispetto del principio di integrità viene meno al verificarsi di episodi di c.d. corruzione in senso ampio, ossia qualora, nell'adozione della decisione amministrativa all'interesse privato è attribuito rilievo oltre i limiti in cui è ammissibile, anche a prescindere dalla rilevanza penale delle condotte¹⁰.

In materia di contratti pubblici, la corruzione in senso ampio ha assunto un carattere sistemico ed interessa non solo la fase che precede l'aggiudicazione, ma anche l'esecuzione del contratto.

Come evidenziato in dottrina, la corruzione in senso ampio, sembra minacciare i diritti dei cittadini, la fiducia nelle istituzioni e, in ultimo, la solidarietà tra cittadini che si pone alla base della convivenza sociale¹¹.

Il carattere sistemico del fenomeno sembra imporre una risposta altrettanto "sistemica"¹², comprensiva anche della tutela risarcitoria, configurabile se si considera riconducibile il principio di integrità al principio di correttezza.

In occasione del contenzioso sugli appalti EXPO 2015, sembra essere stato affrontato il tema della configurabilità della tutela risarcitoria a fronte del verificarsi di episodi di corruzione in senso ampio, in particolare i presupposti della responsabilità della stazione appaltante e l'individuazione del giudice competente a decidere¹³.

La decisione del giudice di primo grado ha riconosciuto la tutela risarcitoria a favore del secondo classificato ritenendo la stazione appaltante responsabile per l'inescusabile «*fallimento del sistema dei controlli e della scelta dei funzionari da proporre a garanzia della trasparenza di una pubblica gara*»¹⁴.

Il giudizio ha avuto ad oggetto il "comportamento complessivo" dell'amministrazione e ha preso in considerazione anche elementi e circostanze non rinvenibili dall'esame degli atti di gara, quali la «*designazione [ritenuta] "non meditata"*»¹⁵ dei professionisti coinvolti nelle operazioni di gara.

La condanna al risarcimento prescinde dall'accertamento dell'illegittimità degli atti di gara ed è successiva al commissariamento dell'appalto da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti COM (2011)15.

¹⁰ Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), Piano Nazionale Anticorruzione, 2013, 13. Nell'EU Anticorruption Report la corruzione in senso ampio è definita come «*abuse of power for private gain*», 2014, on line: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf. Vedi anche United Nations Convention against Corruption, Council of Europe anti-corruption legal instruments, inclusa Resolution (97) 24 on the twenty Guiding Principles for the fight against corruption e le raccomandazioni No. R (2000) 10 on codes of conduct for public officials e No. R (2003)4 on common rules against corruption in the funding of political parties and electoral campaigns. Per la nozione di "maladministration", vedi S. CASSESE, "Maladministration" e rimedi, in "Il Foro italiano", settembre 1992, V, 243, 2-15.

¹¹ G.M. RACCA, R.CAVALLO PERIN, *Corruption As A Violation Of Fundamental Rights: Reputation Risk As A Deterrent Against The Lack Of Loyalty*, in G.M.Racca-C.R.Yukins (eds.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles 2014. Vedi anche: VON BOGDANDY A. -IOANNIDIS M., *Systemic deficiency in the rule of law: what it is, what has been done, what can be done*, in *CMLREV*, 2014, 59-96; ID., *Il deficit sistemico nell'Unione europea*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 593 e ss.

¹² Corte dei conti, 5 febbraio 2013, Discorso di apertura dell'anno giudiziario 2013; Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, *Piano Nazionale Anticorruzione*, 11 settembre 2013.

¹³ TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, p. 13.

¹⁴ TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *ibidem*.

¹⁵ TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *ibidem*, p. 14.

(che avrebbe impedito alla ricorrente di stipulare il contratto¹⁶) e alla decisione di patteggiamento del giudice penale, adottata anche nei confronti anche di persone fisiche riferibili alla stazione appaltante¹⁷.

Nella ricostruzione del giudice di primo grado, dal giudizio penale e dal commissariamento dell'appalto emerge l'«*illiceità della gara*»¹⁸ che è ritenuta riconducibile alla stazione in forza del rapporto di immedesimazione organica che non è interrotto per il verificarsi di episodi corruttivi (in senso ampio), poichè le condotte poste in essere dalle persone fisiche sono state realizzate «*fruendo di funzioni pubbliche [...] espressamente attribuite, e in esclusiva ragione di tale attribuzione*»¹⁹.

Sulla domanda risarcitoria si è pronunciato anche il giudice di secondo grado²⁰ che ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo²¹. Nella ricostruzione del Consiglio di Stato, nel caso di specie, la responsabilità dell'amministrazione presuppone la considerazione di una porzione del “comportamento complessivo” dell'ente che non è riconducibile all'esercizio di potere, in quanto posto in essere dalla persona fisica in cesura del rapporto organico e il danno subito dagli operatori economici (non aggiudicatari) deriva dalla violazione di regole di condotta inerenti il rapporto tra amministrazione e propri funzionari e non il rapporto tra amministrazione e terzo operatore economico. La condotta così qualificata può assumere rilievo al più nei confronti dei terzi alla stregua di una fattispecie di responsabilità aquiliana la cui cognizione è attribuita al giudice ordinario²².

Diversamente dal Consiglio di Stato, la decisione del giudice di primo grado sembra suggerire una lettura “progressiva” della disciplina in materia di contratti pubblici in forza della quale la predisposizione di efficaci strumenti e misure preventive della corruzione (in senso ampio) assume rilievo nella sindacato sul corretto esercizio del potere (o più in generale sulla conformità ai principi), «*enfattizza[ndo] la predicabilità di superinteressi e di corrispondenti superprecetti, suscettibili di internalizzare nelle “norme d'azione” il rispetto di parametri ad essi finora estranei*»²³. Il fondamento normativo dell'obbligo di predisporre misure volte a «*fronteggiare e reprimere la corruzione e il malaffare*»²⁴ è individuato nella disciplina di prevenzione e contrasto alla corruzione.

¹⁶TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *cit.* 12 che cita il commissariamento di cui al «*decreto del Prefetto del 16 luglio 2014*».

¹⁷ TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *ibidem* «*Tribunale penale di Milano, che [...] con sentenza del 27 novembre 2014, n. 14/3725, ha condannato (per i delitti previsti dagli artt. 81, cpv; 110; 353, commi 1 e 2; 353 bis del codice penale) il legale rappresentante dell'impresa [...], il responsabile del procedimento di gara e presidente della commissione giudicatrice [...], oltre che gli altri soggetti facenti parte del sodalizio criminoso [...], i quali si sono tutti avvalsi degli effetti premiali del procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, il che ha determinato l'emissione di condanne a pene comprese tra i due anni e sei mesi e i tre anni e quattro mesi di reclusione.*»

¹⁸ TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *ibidem*; cfr. anche B. BARMANN, *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. quale priorità? - il commento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 1, 78.

¹⁹ TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *ibidem*, 17.

²⁰ Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, in *Foro Amm. (II)* 2016, 5, 1188 (s.m), par. 7, con commento di F. CORTESE, *La responsabilità dell'amministrazione tra legittimità del provvedimento e illiceità delle condotte dannose - Il commento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 5, 665.

²¹ Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, *cit.*, par. 7 e 9, F. CORTESE, *La responsabilità*, *ibidem*, 670.

²² Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, *ibidem*, par. 7.

²³ F. CORTESE, *La responsabilità*, *cit.*, 670

²⁴Sembra opportuno evidenziare che il giudice menziona l'obbligo assunto (volontariamente) dalla stazione appaltante mediante l'adozione dei protocolli di legalità, che sono misure di prevenzione di cui alla legge anticorruzione (L. 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*); le amministrazioni possono considerare che il mancato rispetto dei protocolli di legalità «*costituisce causa di esclusione dalla gara*» (art. 1 comma 17, della legge anticorruzione). Per il giudice lo strumento in

Già antecedentemente all'adozione della disciplina in materia di anticorruzione, parte della dottrina sembra aver indagato le correlazioni tra la predisposizione di misure finalizzate a evitare la commissione di «*abusi*»²⁵ in occasione dell'esercizio delle funzioni e gli elementi costitutivi della responsabilità dell'ente, ritenendo che la prima debba assumere rilievo nella valutazione della colpa dell'amministrazione.

Altri Autori sottolineano che l'adozione di strumenti (strutture, risorse e professionalità) idonei a garantire l'esercizio del potere amministrativo in conformità ai principi sembra avere fondamento costituzionale, in particolare nel principio di adeguatezza²⁶, inteso nel senso che le funzioni amministrative devono essere esercitate da organizzazioni predisposte a garantirne il corretto esercizio²⁷. Anche lo *status* professionale della p.a.²⁸ e i limiti alla capacità degli enti di individuare il migliore contraente (posti dalla recente disciplina che concentra nelle centrali di committenza professionalità e risorse idonee all'esercizio della funzione acquisti) sembrano presupporre che ai fini del corretto esercizio delle funzioni assuma rilievo l'adempimento degli obblighi di condotta volti a predisporre misure preventive della c.d. corruzione in senso ampio²⁹.

Ciò posto, sembra inevitabile chiedersi se e a quali condizioni la responsabilità dell'amministrazione debba essere esclusa (in particolare qualora l'ente dimostri di aver predisposto strumenti adeguati alla prevenzione di episodi corruttivi, che, ciononostante, si sono verificati ugualmente). A questi fini, potrebbero risultare utili le elaborazioni degli interpreti di diritto penale, in materia di modelli organizzativi previsti dalla disciplina della responsabilità da reato delle persone giuridiche di diritto privato³⁰.

Tra le questioni ancora oggi dibattute in materia di responsabilità dell'amministrazione non si può non considerare il tema della natura giuridica della responsabilità al quale pare connessa la altrettanto controversa rilevanza o meno dell'elemento soggettivo.

La maggioranza degli interpreti ritiene che la responsabilità dell'amministrazione abbia natura extracontrattuale, della quale, come noto, la colpa è elemento costitutivo ai sensi della disciplina di cui al codice civile. Allo scopo di sollevare il privato dal gravoso onere di provare l'errore dell'amministrazione, l'evoluzione giurisprudenziale riconosce che l'illegittimità del

esame «*va [...] intes[o] alla stregua di una misura integrata nella disciplina finalizzata a realizzare l'obiettivo [di] "assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" (comma 1 della medesima norma) »*. Sul rilievo dei protocolli di legalità allo scopo di assicurare il rispetto dei principi in materia di appalti vedi: C.G.U.E., Decima Sez. 22 ottobre 2015, nella causa C-425/14, ECLI:EU:C:2015:721, on line: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170301&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=156721>; C. CRAVERO, *Cause di esclusione negli appalti pubblici - protocolli di legalità o patti di integrità: la compatibilità con il diritto ue della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, in *Giur. It.*, 2016, 6, 1459.

²⁵ S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, Torino 2008, 320.

²⁶ Art. 118 Cost. It.

²⁷ Sul tema: R. CAVALLO PERIN, relazione al convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Consiglio di Stato - Roma, 14 maggio 2014, on line: <http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/ATT00053.pdf>, p. 38, pt. 3.

²⁸ C. SCOGNAMIGLIO, *Status professionale della pubblica amministrazione ed obbligo di informazione precontrattuale*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 11, 10983.

²⁹ Artt. 37 e 39, d. lgs., n. 50 del 18 aprile 2016 e, antecedentemente D.lgs. 12 aprile 2006, n. 16, art. 33, c. 3bis; G. M. RACCA, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, Relazione presentata al 61 Convegno di Studi amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione" (Varenna, 17-18 e 19 settembre 2015), in *ASTRID*, 345.

³⁰ Cfr. S. CIMINI, *La colpa*, *ibidem*, 319, 322 e 325.

provvedimento costituisce circostanza utile a presumere la sussistenza della colpa della p.a. che è tenuta a dimostrare la scusabilità del proprio errore.

Gli interpreti, anche in adesione alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, hanno adottato una nozione oggettiva di colpa che presuppone la valutazione della gravità della violazione da operarsi considerando le circostanze del caso concreto e vari ulteriori elementi tra i quali l'ampiezza della discrezionalità, i precedenti giurisprudenziali, l'apporto dei privati nel corso del procedimento³¹, attribuendo rilievo alla scusabilità dell'errore dell'amministrazione per escludere l'elemento soggettivo. Si ritiene possibile distinguere il profilo oggettivo della colpa, integrato dalla violazione delle regole di condotta e un profilo soggettivo che impone la considerazione delle circostanze nelle quali è stato posto in essere la condotta riferibile alla p.a.

Anche valorizzando la progressiva "oggettivazione" dell'elemento soggettivo, altra parte degli interpreti ritiene che la responsabilità dell'amministrazione abbia natura contrattuale o da inadempimento, considerato che le circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento della colpa concorrono alla definizione dell'oggetto dell'obbligo di cui si contesta l'inadempimento dell'amministrazione.

La ricostruzione della responsabilità dell'amministrazione come contrattuale o da inadempimento presuppone la qualificazione del rapporto con il privato come obbligazione senza prestazione o ricorrendo alla figura del "contatto sociale qualificato"³² e la lesione, secondo parte della dottrina, del diritto alla correttezza³³ ovvero, secondo Altri Autori, dell'interesse legittimo³⁴.

La responsabilità per lesione del diritto alla correttezza presuppone l'affidamento del privato nel "corretto" esercizio del potere da parte dell'amministrazione e la ricostruzione del rapporto giuridico tra amministrazione e privato in termini di obbligo-diritto, analogamente alla dottrina che qualifica la relazione tra pubblica amministrazione e privato come obbligazione senza prestazione³⁵ e chiarisce che «*con l'instaurarsi del rapporto*»³⁶ con l'amministrazione sembra venire in essere un diritto avente ad oggetto non tanto la pretesa all'adempimento, ma «*(tutto quanto giovi all'attenzione e il riguardo dovuti alla sfera giuridica)*»³⁷ del soggetto privato; l'oggetto della domanda proposta dal danneggiato sembrerebbe da individuarsi nella reintegrazione del danno causato dall'esecuzione del provvedimento (eventualmente illegittimo) che dà luogo all'inadempimento dell'obbligo di protezione da parte dell'amministrazione.

³¹ Tra le tante pronunce si segnala: C. St., sez. IV, 14-6-2001, n. 3169. Sul tema vedi: S. CIMINI, *La colpa*, *ibidem*, 229.

³² Cfr.: A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in AA.VV., *Colloquio sull'interesse legittimo*, a cura di Travi, Milano 2014, 90, nota 64; Cass., sez. I, 12-7-2016 n. 14188, cit., par. 9.4.1 e 9.4.2; C. CASTRONOVO, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2013, 642; G.M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione*, in R. Garofoli, G. M. Racca, M. De Palma, *La responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno dinanzi al giudice amministrativo*, Milano 2003, 194; M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, RCP, 2001, 213 ss.; ID., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 203 ss. La figura del "contatto sociale qualificato" viene considerata anche dalle decisioni che rietengono applicabile il regime della responsabilità per inadempimento, precisando, tuttavia, che la responsabilità assume una «*fisionomia sui generis, non riducibile al mero modello aquiliano ex art. 2043 c.c., essendo caratterizzata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento di obbligazioni*» (C. St., sez. V, 2-9-2005, n. 4461, par. 3.2, UA, 2006, 2, 183 con nota di R. CARANTA, *Il rasoio di Occam e la responsabilità della pubblica amministrazione*, in part. 186; cfr. anche Cass., sez. I, 12-7-2016, n. 14188, in part. 9.4.2, cit.).

³³ G.M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità*, *ibidem*, 194.

³⁴ M. PROTTO, *La responsabilità*, cit., 213 ss.

³⁵ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 655.

³⁶ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, *ibidem*, 656.

³⁷ CASTRONOVO, *Responsabilità*, *ibidem*, 656.

Parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁸ sembra aver superato la citata oggettivazione della nozione di colpa, escludendo la possibilità di subordinare la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, all'accertamento dell'elemento soggettivo, ancorché presunto, allo scopo di garantire l'effettività della tutela risarcitoria assicurandone l'operare quale alternativa alla tutela di annullamento, riconoscibile a prescindere dall'accertamento della colpa dell'ente.

Nel recepire i principi di diritto sanciti dalla giurisprudenza europea la giurisprudenza nazionale sembra non aver raggiunto una soluzione univoca: è controverso se la ricostruzione dei giudici europei sia applicabile a tutte le ipotesi di responsabilità del soggetto pubblico, o esclusivamente al settore dei contratti pubblici, e eventualmente anche ai contratti sottosoglia³⁹, che rientrano nell'ambito di applicazione dei principi enunciati nei Trattati.

Di regola la giurisprudenza limita l'irrelevanza dell'elemento soggettivo al settore dei contratti pubblici considerato che la necessità di garantire l'alternatività tra la tutela risarcitoria per equivalente e la tutela in forma specifica pare costituire un'esigenza specifica di questo settore, nell'intento di assicurare l'«*efficaci[a]* e [*la*] *rapidi* [tà] »⁴⁰ e, quindi, l'effettività della tutela della concorrenza e della parità di trattamento.

Non mancano le ricostruzioni⁴¹ che escludono la riconducibilità della responsabilità della p.a. ai modelli civilistici ritenendo che la stessa presenti elementi di specialità che la disciplina europea e il codice del processo amministrativo sembrano confermare⁴², tanto che Alcuni Autori individuano il fondamento normativo della tutela risarcitoria nei confronti dell'amministrazione nella norma che disciplina l'azione risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo, che, in mancanza

³⁸ C. Giust. UE, 30-9-2010, C-314/2009, *Stadt Graz c. Strabag AG*, in *Racc.*, 2010 I-08769, p.ti 39 - 41; S. CIMINI, *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentoale della p.a.? Corte giustizia Unione Europea sez. III Sentenza, 30 settembre 2010, n. 314, GI*, 2011, 12, 5; C. E. GALLO, *La responsabilità della stazione appaltante nella conduzione del procedimento di gara ed il problema della colpa*, in L. Balucani, A. Carozzo, C. E. Gallo (a cura di), *Il risarcimento del danno negli appalti pubblici*, Torino, 2014, 4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia non sembra aver raggiunto una posizione univoca sul punto, tanto che in dottrina è stato auspicato un intervento della Grande Sezione per superare i contrasti (D. MCGOWAN, *Remedies Revolution AVOIDED: A Note on Combinatie Spijker Infrabouw v Provincie Drenthe (C-568/08)*, in *P.P.L.Rev.*, 2011, NA64-NA69. S. OSELLA, *La colpa delle amministrazioni e l'innovazione nel settore degli appalti pubblici*, in *Foro Amm.*, CdS 2013,6; S. TREUMER, *Basis and Conditions for a Damages Claim for Breach of the EU Public Procurement Rules*, in D. Fairgrieve, F. Lichère (eds), *Public procurement law. Damages as an Effective Remedy*, Portland (USA) 2011, 149): con una decisione successiva, sempre in materia di contratti pubblici, è stato escluso il risarcimento del danno in assenza del requisito della gravità della violazione della disciplina europea (C. Giust. UE, 9-12-2010, C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw - De Jonge Konstruktie c. Provincie Drenthe*, in *Racc.* 2010 I-12665, p.ti 86 e 87).

³⁹ Vedi: C. E. GALLO, *La responsabilità*, 1; S. CIMINI, *La colpa è ancora*, cit., 10.

⁴⁰ Terzo considerando della dir. 89/665/CEE del Consiglio, del 21-12-1989, *che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori*, da leggere in combinato disposto con il secondo considerando della dir. 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11-12-2007, *che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici* ove si precisa che «[l]e direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE (...) si applicano unicamente alle procedure di aggiudicazione degli appalti disciplinate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE»; S. CIMINI, *La colpa è ancora*, *ibidem*, 5, 6, 7.

⁴¹ C.E. GALLO, *La responsabilità*, cit., 1; 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 *RCP* 2012, 5, 1613; ID., *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? la "nuova" responsabilità della p.a. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2012, 968; L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 1, 2005, 1; A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, Napoli 2003, 172 ss.

⁴² C. Giust. UE, 30-9-2010, C-314/2009, *Stadt Graz c. Strabag AG*, in *Racc.*, 2010 I-08769, p.to 41; art. 30 c.p.a., C.E. GALLO, *La responsabilità*, *ibidem*, 10.

di esplicite precisazioni pare escludere la rilevanza di elementi diversi dalla violazione delle regole dell'agire amministrativo.

In merito all'elemento soggettivo, parte degli interpreti, anche richiamando le riflessioni di autorevole dottrina⁴³, suggerisce di considerare criteri alternativi alla colpa ovvero di adottare una nozione di colpa «epurar[ata] da ogni connotazione soggettiva»⁴⁴, proprio allo scopo di garantire l'effettività della tutela del cittadino⁴⁵.

La responsabilità dell'amministrazione sembrerebbe trovare fondamento nel rischio correlato all'esercizio del potere che non è attività pericolosa, ma «*doverosa e posta in essere nell'interesse della collettività [...]: onde quella medesima collettività che ne beneficia è tenuta a sopportarne i costi*»⁴⁶.

In tal senso sembrerebbe assicurarsi l'adeguamento dell'istituto della responsabilità ai principi che la p.a. è tenuta ad osservare nei rapporti con i privati, tra i quali i principi di solidarietà e di uguaglianza e i principi della tutela della concorrenza e della parità di trattamento.

Una volta accertati la lesione del diritto alla correttezza, eventualmente la colpa della p.a. e la sussistenza del nesso di causalità, si procede alla quantificazione del danno, in applicazione delle regole di diritto civile.

Come noto, anche per il diritto amministrativo gli elementi costitutivi del danno risarcibile sono il lucro cessante o mancato guadagno e il danno emergente⁴⁷. L'analisi delle decisioni giurisprudenziali e delle riflessioni della dottrina sul tema palesano le incertezze degli interpreti nella definizione dei presupposti e dei criteri di quantificazione del danno risarcibile subito dall'operatore economico in occasione dello svolgimento della gara d'appalto.

Per la liquidazione del lucro cessante, sembra superato l'orientamento che liquida il danno in applicazione di criteri equitativi (in particolare, nel 10% dell'importo a base d'asta come ribassato dall'offerta dell'impresa). Ciò, in ragione del fatto che l'impiego del criterio equitativo è parso poco compatibile con il regime della prova del danno risarcibile, in quanto trae origine da logiche indennitarie e non garantisce di individuare il danno effettivamente subito⁴⁸. Nello stesso senso è anche il codice del processo amministrativo fa riferimento al danno subito e provato⁴⁹.

L'ammontare dell'utile è riconosciuto integralmente se risulta accertato che il danneggiato sarebbe risultato aggiudicatario e viene ridotto in via equitativa, sulla base della presunzione che il

⁴³ E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 2009, 523 e note 24-26 che riprende le riflessioni di: V.E. ORLANDO, *Saggio di una teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, ADP, 1893, 241 ss. e 321 ss.; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1930, 24; ID., *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1912, 62; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano 1975, 289. Cfr. anche: F. CORTESE, *L'accertamento della colpa*, 1619.

⁴⁴ E. SCOTTI, *Appunti*, cit., 542.

⁴⁵ F. CORTESE, *L'accertamento della colpa*, cit., 1620; E. SCOTTI, *Appunti*, cit., 538 e nota 171.

⁴⁶ E. SCOTTI, *Appunti*, ibidem, 540.

⁴⁷ Cfr. artt. 1223 2056 c.c., artt. 30 e 124 c.p.a. e art. 2, 1° co., lett. c) e 5° co., della dir. 89/665, cit. come modificata dalla dir. 2007/66/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11-12-2007, che modifica le dir. 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici.

⁴⁸ C. St., sez. V, 8-11-2012, n. 5686 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹ A. CARBONE, *Commento all'art. 124 c.p.a.*, in AA. VV., *Codice della Giustizia Amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Milano 2015, 1202; R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, par. 11.13.b); M. A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno*, in AA. VV., *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Milano 2010, 95.

danneggiato ha o avrebbe potuto conseguire altri guadagni. La presunzione è superabile dal danneggiato che dimostri di non aver potuto impiegare altrimenti le proprie risorse⁵⁰.

Qualora non sia raggiunta la prova circa la spettanza dell'aggiudicazione, la giurisprudenza ricorre all'impiego della figura del cosiddetto danno da perdita *chance*⁵¹. L'ammontare del danno da perdita di *chance* corrisponde alle concrete probabilità di successo, calcolate prendendo in considerazione le circostanze del caso concreto, tra le quali, per esempio, il numero dei partecipanti alla gara⁵².

Per quanto concerne il danno emergente, è controversa la rimborsabilità delle spese di partecipazione alla gara nelle ipotesi in cui si lamenta la spettanza (o la *chance*) dell'aggiudicazione⁵³. Si nega la risarcibilità dei costi di partecipazione, considerando che si tratta di spese che l'operatore economico avrebbe sostenuto anche in caso di aggiudicazione⁵⁴ e, dunque, qualora se ne riconoscesse il risarcimento, il danneggiato si troverebbe ad essere in una situazione economicamente più vantaggiosa di quella in cui si sarebbe venuto a trovare se avesse eseguito il contratto.

In dottrina si segnala che i costi di partecipazione, se provati, andrebbero rimborsati, se si considera il corrispettivo dell'appalto utile a coprire tanto i costi di esecuzione del contratto, quanto le spese per la partecipazione⁵⁵. Si dovrebbe negare il rimborso delle spese di partecipazione nella misura in cui le spese sono da considerarsi assorbite nel danno risarcibile a titolo di mancato guadagno oppure se manca la prova dell'esborso oppure l'ammontare richiesto non sia da considerare ragionevole⁵⁶.

In tema di risarcibilità del danno emergente, la dottrina rileva anche che la giurisprudenza sembra riconoscere il rimborso delle spese solo nelle ipotesi di lesione dell'interesse negativo, configurabili qualora si contesti il mancato rispetto del principio della correttezza, quando il danneggiato lamenta non la mancata aggiudicazione, ma l'essere stato coinvolto in trattative infruttuose. Nelle ipotesi in cui, invece, il danneggiato lamenta la mancata aggiudicazione, la giurisprudenza sembra qualificare le fattispecie come lesione dell'interesse positivo, riconoscendo il mancato guadagno e negando il rimborso delle spese di partecipazione⁵⁷.

Tuttavia, come noto, la lesione dell'interesse positivo presuppone la stipula del contratto. Nel giudizio amministrativo instaurato dagli operatori economici non aggiudicatari, si fa valere la lesione dell'interesse negativo anche qualora si contesti la violazione di norme che regolano l'agire dell'amministrazione e si lamenti la spettanza dell'aggiudicazione, il danneggiato fa valere la lesione del cosiddetto interesse negativo. Ciò in quanto il danno non consegue alla mancata prestazione (aggiudicazione del contratto), ma al non corretto svolgimento del rapporto fra privato danneggiato e pubblica amministrazione⁵⁸.

⁵⁰ C. St., 20-4-2012, n. 2317, in www.giustizia-amministrativa.it, par. 5.

⁵¹ Sul tema vedi G. VERCILLO, *La tutela della «chance» Profili di diritto amministrativo*, Napoli 2012.

⁵² C. St., sez. V, 7-6-2013, n. 3135, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵³ Tra le tante decisioni si segnala: C. St., sez. V, 28-7-2015, n. 3716, in www.giustizia-amministrativa.it, par. 15.

⁵⁴ Tra le tante decisioni si segnala: C. St., sez. V, 12-5-2016, n. 1904, in www.giustizia-amministrativa.it, par. 6.

⁵⁵ Sul tema: G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della p.a. tra interesse positivo ed interesse negativo*, in *Danno e Resp.*, 2006, 4, 357; G.M. RACCA, *Gli elementi*, cit., 220 ritiene rimborsabili le spese di partecipazione in caso di spettanza dell'aggiudicazione.

⁵⁶ Cfr. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, 3, 487ss.

⁵⁷ Tra le tante decisioni si segnala: C. St., sez. IV, 20-2-2014, n. 790 in www.giustizia-amministrativa.it; Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 2.

⁵⁸ G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli 2000.

Ciò posto, non è escluso che l'ammontare del danno conseguente alla lesione dell'interesse negativo equivalga alla misura del danno risarcibile in ipotesi di lesione dell'interesse positivo: in entrambe le ipotesi il danno si compone di danno emergente e lucro cessante che può essere equivalente, nell'ammontare, al guadagno che l'operatore avrebbe conseguito dall'esecuzione del contratto da affidare. Ciò, in quanto, a differenza dei rapporti precontrattuali tra privati, nei rapporti con l'amministrazione in applicazione della *lex specialis* della gara, è possibile conoscere quale operatore economico sarebbe risultato aggiudicatario, se la scelta dello stesso presuppone criteri oggettivi, come il criterio del prezzo più basso⁵⁹.

La giurisprudenza ammette anche la risarcibilità del danno curriculare, per non aver potuto arricchire il proprio *curriculum* professionale, inserendo l'esecuzione del contratto non affidato⁶⁰: ciò sulla base della considerazione che l'esecuzione del contratto può incrementare la competitività degli operatori economici, di cui sembra trovarsi confermare nelle previsioni normative e nelle pronunce della giurisprudenza⁶¹ che attribuiscono rilievo alla pregressa (corretta) esecuzione di determinati contratti.

Sono dibattuti i presupposti della risarcibilità e i criteri di liquidazione del danno curriculare, in particolare la rilevanza della spettanza dell'aggiudicazione, in quanto alcune pronunce subordinano il risarcimento alla dimostrazione che il danneggiato sarebbe risultato aggiudicatario⁶².

Ai fini della liquidazione del danno curriculare, la giurisprudenza amministrativa impiega criteri equitativi e quantifica il danno in misura pari a una percentuale che varia dall'1% al 5% del valore del contratto o del lucro cessante⁶³. È stato negato il risarcimento del danno curriculare lamentato dalla ditta leader in un determinato settore di mercato, in quanto si è ritenuto che l'immagine della stessa non avrebbe subito pregiudizio dalla mancata esecuzione del contratto⁶⁴.

⁵⁹ G. M. RACCA, *Gli elementi*, cit., 205, 209, 211.

⁶⁰ Sul tema: R. GIOVAGNOLI, *La responsabilità della stazione appaltante per la violazione delle regole dell'evidenza pubblica: il problema della quantificazione del danno e la possibilità per l'impresa pretermessa di subentrare nel rapporto contrattuale*, in www.giustizia-amministrativa.it, estratto di: R. GIOVAGNOLI, *La responsabilità extra e precontrattuale della p.a.*, in Milano 2009, 8.

⁶¹ Art. 83 e Allegato XVII, d.lg. 18-4-2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*. Anteriormente: art. 42, d.lg. del 12-4-2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale*, 394 e 395, nota 83 che menziona l'art. 21, 1° co., lett. b), d.lg. del 19-12-1991, n. 406, *Attuazione della direttiva n. 89/440/CEE in materie di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*; R. GIOVAGNOLI, *La responsabilità*, cit., 9; C. St., 19-10-2007, n. 5476, in www.giustizia-amministrativa.it, par. 3.

⁶² C. St., sez. V, 23-10-2007, n. 5592, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶³ Cfr. C. St., ad. pl., 12-5-2017, n. 2, par. 41.

⁶⁴ Cfr. C. St., ad. pl., 12-5-2017, n. 2, *ibidem*, par. 44 che richiama C. St., sez. III, 10-4-2015 n. 1839, in www.giustizia-amministrativa.it.